



TRATADO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Eduardo Martínez y Hernández - Luis Francisco García Perulles - Enrique Barón Crespo

TRATADO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Eduardo Martínez y Hernández
Luis Francisco García Perulles
Enrique Barón Crespo



servicio publicaciones facultad derecho
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID

EDUARDO MARTÍNEZ Y HERNÁNDEZ
LUIS FRANCISCO GARCÍA PERULLES
ENRIQUE BARÓN CRESPO

TRATADO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Comentarios y presentaciones de

ROMANO PRODI	JUAN V. BENEIT MONTESINOS
JOSÉ IGNACIO ECHÁNIZ SALGADO	JOSÉ MANUEL CASTRO BEIRAS
PEDRO J. GONZÁLEZ TREVIANO	ESPERANZA OÑA SEVILLA
PAOLO COSTA	BEATRIZ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO
TEÓFILA MARTÍNEZ SAIZ	ANTONIO CHÁVARRI ARICHAMÁXIMO
A. GONZÁLEZ JURADO	ANA MARÍA PASTOR JULIÁN
ALBERTO MONTÓN REDONDO	JUAN MANUEL SANTOMÉ URBANO
JOSÉ ITURMENDI MORALES	

2.^a edición (corregida y ampliada)



servicio publicaciones facultad derecho
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID

TRATADO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

(DIRECTOR DE LA OBRA)

EDUARDO MARTÍNEZ Y HERNÁNDEZ

*Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad
Complutense de Madrid*

(COORDINADOR DE LA OBRA)

LUIS FRANCISCO GARCÍA PERULLES

*Abogado y Profesor Colaborador del Departamento de Derecho
Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid*

ENRIQUE BARÓN CRESPO

Abogado y ex Presidente del Parlamento Europeo

ROMANO PRODI

Presidente de la Comisión Europea

ANA MARÍA PASTOR JULIÁN

Ministra de Sanidad

JOSÉ ITURMENDI MORALES

*Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad Complutense de Madrid*

JOSÉ IGNACIO ECHÁNIZ SALGADO

Ex-Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid

PEDRO J. GONZÁLEZ TREVIJANO

Rector de la Universidad Rey Juan Carlos

PAOLO COSTA

Alcalde de Venecia

TEÓFILA MARTÍNEZ SÁIZ

Alcaldesa de Cádiz

JUAN V. BENEIT MONTESINOS

*Director de la Escuela Universitaria de Enfermería, Fisioterapia
y Podología de la Universidad Complutense de Madrid*

JOSÉ MANUEL CASTRO BEIRAS

Doctor en Medicina

ESPERANZA OÑA SEVILLA

Alcaldesa de Fuengirola

Impreso en España

ISBN: 84-8481-025-9

Depósito legal: M. 1.108.—2004.

LAXES, S. L. Fotocomposición. Ediciones.
Castaño, 11. Polígono Industrial «El Guijar»
28500 ARGANDA DEL REY (MADRID)

ÍNDICE

ALBERTO MONTÓN REDONDO
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Complutense de Madrid*

JUAN MANUEL SANTOMÉ URBANO
Profesor de Economía Política de la Universidad Complutense de Madrid

BEATRIZ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo
de la Universidad Complutense de Madrid*

ANTONIO CHÁVARRI ARICHA
Abogado. Magister en Urbanismo y Salud Ambiental

MÁXIMO A. GONZÁLEZ JURADO
Presidente del Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería

ANTONIO LUIS VILLARINO MARÍN
*Catedrático de Bioquímica. Profesor de Nutrición. Escuela Universitaria
de Enfermería, Fisioterapia y Podología. Universidad Complutense. Madrid*

Páginas

I. PRESENTACIONES Y COMENTARIOS A LA OBRA

1. PRESENTACIONES	3
Romano Prodi	5
Ana María Pastor Julián	7
Presentación de los autores a la segunda edición	11
Presentación de los autores a la primera edición	15
2. COMENTARIOS A LA OBRA	19
José Ignacio Echániz Salgado	21
Pédro J. González Trevijano	23
Paolo Costa	27
Teófila Martínez Sáiz	29
Juan V. Beneit Montesinos	31
Antonio Chávarri Aricha	35
Esperanza Oña Sevilla	41
Alberto Montón Redondo	43
Juan Manuel Santomé Urbano	49
José Manuel Castro Beiras	51
Beatriz Gutiérrez-Solar Calvo	55
Antonio Luis Villarino Marín	59

II. EL DERECHO Y LA VIDA

1. DERECHO Y VIDA HUMANA	73
2. DERECHO Y PROTECCIÓN DE LA SALUD	74
2.1. <i>La Salud en los distintos ámbitos materiales del Derecho</i>	74
2.2. <i>¿Existe el derecho a la salud?</i>	79
3. LA EFICACIA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD	84

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

1. EL DEBER DE ASISTENCIA DE LA NACIÓN A PARTIR DEL ESPÍRITU DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA DE 1789	89
2. TIPOLOGÍA DE LOS MODELOS SANITARIOS ENSAYADOS DURANTE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA	95
2.1. <i>El modelo liberal</i>	100
2.2. <i>El modelo socializado</i>	104
2.3. <i>Los modelos mixtos</i>	113

IV. EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA ESCENA INTERNACIONAL

1. LA INTERVENCIÓN INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO DE LA SALUD	121
1.1. <i>Aproximación histórica a la materia</i>	121
1.2. <i>Consecuencias jurídicas</i>	123
1.2.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos (10-XII-1948)	124
1.2.2. Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Derechos Civiles y Políticos de 1966	125
1.2.3. Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y Carta Social Europea	128
2. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS)	130
2.1. <i>Evolución del proceso de internacionalización e institucionalización de la salud como derecho</i>	131
2.2. <i>Office International d'Hygiène Publique (OIHP) y Oficina de Higiene de la Sociedad de Naciones</i>	133
2.3. <i>Una nueva labor internacional en la Salud: la Organización Mundial de la Salud (OMS): Creación y funciones del organismo internacional</i>	138
2.3.1. Estructura jurídica de la OMS	138
2.3.1.1. Principios declarativos	138
2.3.1.2. Finalidad y funciones	140
2.3.1.3. Estructura orgánica	143
2.3.1.4. Actividades y colaboración sanitaria internacional	144
3. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)	148

4. EL CONSEJO DE EUROPA	152
4.1. <i>Objeto, finalidades y estructura</i>	152
4.2. <i>Evolución histórica del Consejo de Europa en su tratamiento de los asuntos sanitarios</i>	153

V. POLÍTICAS DE PROTECCIÓN DE LA SALUD Y DE LOS CONSUMIDORES EN LA UNIÓN EUROPEA

CAPÍTULO I. GESTACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y DE LA CIUDADANÍA EN LA UNIÓN EUROPEA

1. SALUD Y MERCADO	159
2. UNA EVOLUCIÓN CASUÍSTICA	162
3. SALUD Y CIUDADANÍA: EL TRATADO DE MAASTRICHT	167
4. APROXIMACIÓN A LA POLÍTICA DE SALUD PÚBLICA DE MAASTRICHT A AMSTERDAM	173
5. EL TRATADO DE AMSTERDAM	178
6. LA SALUD EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES	186
7. LA COMISIÓN PRODI	189
8. CONCLUSIONES	193
9. BIBLIOGRAFÍA	196

CAPÍTULO II. LA POLÍTICA DE SALUD PÚBLICA Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA UNIÓN EUROPEA

0. OBJETO	205
1. UNA APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA Y DESCRIPTIVA AL CONCEPTO DE SALUD PÚBLICA	208
2. EN EL CAMINO HACIA 1992: LOS ATISBOS DE UNA POLÍTICA DE PROTECCIÓN DE LA SALUD COMUNITARIA	213
2.1. <i>Cáncer</i>	217
2.2. <i>SIDA</i>	219
2.3. <i>Toxicomanías y otras acciones reseñables</i>	222
3. LA INCORPORACIÓN DE LA SALUD A LAS PRIORIDADES COMUNITARIAS: BREVE ANÁLISIS DEL ANTIGUO ART. 129 TCE	225
3.1. <i>Referencias a la salud en la reforma de Maastricht</i>	225
3.2. <i>Posición de las Instituciones comunitarias ante la reforma</i>	229
3.3. <i>Acciones prácticas del período: Programas de acción en el ámbito de la Salud Pública</i>	233

4.	CONSOLIDACIÓN ENTRE LAS PRIORIDADES: TRABAJOS, EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LAS REFORMAS EN AMSTERDAM Y EL FUTURO	241
4.1.	<i>La Salud Pública en la reforma operada en Amsterdam: el nuevo art. 152 TCE</i>	241
4.2.	<i>Acciones prácticas del período</i>	245
4.3.	<i>Las nuevas orientaciones de la política de Salud Pública en la Unión Europea: El Programa de acción comunitaria en el ámbito de la Salud Pública (2002-2007)</i>	252
5.	LA SALUD EN EL RESTO DE POLÍTICAS COMUNITARIAS: BREVE ESTUDIO APROXIMATIVO E INTERPRETATIVO DE LA NORMATIVA COMUNITARIA ...	256
6.	A MODO DE CONCLUSIÓN	262

CAPÍTULO III. LA POLÍTICA DE PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA SEGURIDAD DE LOS CONSUMIDORES EN LA UNIÓN EUROPEA

0.	OBJETO	265
1.	LA POLÍTICA DE LOS CONSUMIDORES EN LA «EUROPA DE LOS CIUDADANOS»	267
1.1.	<i>Definición de consumidor y primeros acercamientos en el marco internacional</i>	267
1.2.	<i>El Programa Preliminar de la Comunidad Europea para una política de protección e información de los consumidores</i>	272
1.3.	<i>Del Programa Preliminar al Acta Unica de 1987</i>	279
2.	HACIA UNA INCORPORACIÓN DE LA POLÍTICA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LOS TRATADOS DE DERECHO ORIGINARIO: DEL ACTA UNICA A LAS REFORMAS OPERADAS EN MAASTRICHT	285
3.	LOS CONSUMIDORES EN EL TRATADO DE MAASTRICHT	289
3.1.	<i>La aparición de la política de los consumidores en los Tratados de Derecho Originario</i>	289
3.2.	<i>El trabajo de las Instituciones europeas en el período de entre-reformas</i>	290
3.3.	<i>Los trabajos preparatorios de la Conferencia Intergubernamental de 1996</i>	297
4.	MARCO NORMATIVO Y DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES EN EL TRATADO DE AMSTERDAM	305
4.1.	<i>Regulación normativa en Amsterdam</i>	305
4.2.	<i>Una referencia práctica en este período: el Plan de Acción sobre Política de los Consumidores (1999-2001)</i>	307
4.2.1.	<i>Seguridad alimentaria</i>	314
4.2.2.	<i>Comercio electrónico</i>	318
5.	CONCLUSIONES	327

VI. PROYECCIÓN DE LA SALUD Y EL DERECHO HUMANITARIO EN LA ESCENA INTERNACIONAL

1.	EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	333
2.	EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LA PROTECCIÓN DE LA SALUD	334
3.	NUEVOS ACTORES EN LA EJECUCIÓN DE LA ASISTENCIA HUMANITARIA ...	337

VII. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA RECOMENDADA

EPÍLOGO, por Máximo A. González Jurado	341
--	-----

EPÍLOGO ACADÉMICO

DERECHO, SANIDAD Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN UN CONTEXTO SOCIAL, CULTURAL, ECONÓMICO Y TECNOLÓGICO EN TRANSFORMACIÓN

Por José Iturmendi Morales

I.	DERECHO, VIDA HUMANA Y CAMBIO SOCIAL. SOCIOLOGÍA JURÍDICA DINÁMICA	345
II.	LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE Y LAS NUEVAS DISCIPLINAS JURÍDICAS	457
III.	EL DERECHO Y LA «GRAN TRANSFORMACIÓN»	473
IV.	LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA COMO UNA DE LAS MODALIDADES DE PRINCIPIOS EN ORDEN A LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS	498
V.	CRISIS DEL ESTADO DEL BIENESTAR. EL EMERGENTE MODELO DEL ESTADO POSTSOCIAL O ESTADO ESCASO, LA PROGRESIVA DESLEGITIMACIÓN DE LA ACCIÓN POLÍTICA COMO MECANISMO DISTRIBUIDOR DE RIQUEZA	531
VI.	EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA UNIÓN EUROPEA	572
VII.	ACTIVIDAD SANITARIA Y POLÍTICAS PÚBLICAS	620
VIII.	CIERRE, AL MENOS POR AHORA	678

horizontes laborales para un grupo profesional como el español extraordinariamente preparado para desarrollar sus tareas en los restantes Estados que conforman nuestra Unión Europea y aun en otros países europeos.

Para los profesionales de la Enfermería la Unión Europea se convierte así en un espacio de progreso para demostrar desde España que nuestra formación, a pesar de las necesarias reformas que se siguen mostrando oportunas, sigue avanzando en calidad y en eficacia propiciando un perfil profesional admirado y querido fuera de nuestras fronteras para propiciar una mejor atención sanitaria allí donde se les requiera o por la vía de los múltiples convenios que vienen abriendo esas estancias profesionales que en muchas ocasiones llegan a situarse como desarrollo laborales duraderos.

Por todo ello, para los que desarrollamos la asistencia sanitaria en la primera línea esta obra resulta de indudable interés para conocer de cerca, como decía al principio, las nuevas realidades que informan al mundo sanitario y en ese sentido, sólo me resta felicitar a los autores por su acendrado empeño en adelantarse a acontecimientos que sin duda en los próximos años nos van a permitir observar de otro modo el Derecho de la Salud y, especialmente, el quehacer profesional de todos nuestros colegiados.

EPÍLOGO ACADÉMICO

DERECHO, SANIDAD Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN UN CONTEXTO SOCIAL, CULTURAL, ECONÓMICO Y TECNOLÓGICO EN TRANSFORMACIÓN¹

JOSÉ ITURMENDI MORALES

Catedrático de Filosofía del Derecho, Moral y Política
y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

¹ Con este rótulo me permito evocar, modificándolo parcialmente, el título del discurso de apertura del curso académico 1971-1972 de la Universidad Complutense de Madrid, pronunciado por el entonces catedrático de Derecho Civil de nuestra Casa de Estudios ALFONSO GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, «en el umbral de la época mundial de la historia» —por decirlo con los mismos términos que él utiliza— y que tenía por título, «Reflexiones sobre la tradición del saber en tiempos de transformación» (Madrid, 1971).

I. DERECHO, VIDA HUMANA Y CAMBIO SOCIAL.
SOCIOLOGÍA JURÍDICA DINÁMICA

I.1. La «Introducción» a *Los principios filosóficos de la historia del derecho* (*Les principes philosophiques de l'histoire du droit*, Paris-Lausanne, 1908) del profesor de la Universidad de Lausanne Pierre de Tourtoulon (1867-1932)² —que sucedió no sólo en la cátedra de «Historia del Derecho» de la citada *Alma mater* suíza a Henri Brocher de la Fléchère, sino también en el tratamiento del curso de la evolución del Derecho y las instituciones desde una óptica comprometida e inequívocamente espiritualista³, y en la asunción plena de la convicción que entiende que la historicidad del Derecho constituye una dimensión difícilmente ausente de la experiencia jurídica, y en todo caso insustituible de la conciencia de los juristas⁴— se abre con una serie de interrogantes que permiten situar en sus justos términos la permanente —y en más de una circunstancia planteada en términos excluyentes— controversia acerca de los diferentes tipos de relaciones (acomodo, tensión, enfrentamiento, complementariedad...) que de hecho pueden desarrollarse entre el Derecho y el cambio social⁵.

² GIUSEPPE CAPOGRASSI (1889-1956), «Pietro de Tourtoulon (1867-1932). Necrologia», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (Dott. A. Giuffrè Editore, Milano), 1932, fasc. VI, págs. 815-819 (recogido en ID., *Opere* —siete volúmenes, a cargo de MARIO D'ADELIO y ENRICO VIDAL—, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1959-1990, vol. VI, págs. 77-82).

³ ENRIQUE LUÑO PEÑA (1900-1985), *Historia de la Filosofía del Derecho*, tercera edición revisada y aumentada, Librería La Hormiga de Oro, Barcelona, 1967, págs. 684-685.

⁴ Bruno Paradisi, «Storia del Diritto moderno e Palingenesia della scienza giuridica», en *Atti del Terzo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, La formazione storica del Diritto moderno in Europa*, Leo S. Olschki Editore, Firenze, MCMLXXXVII, volumen I, págs. 1-11, la cita en pág. 8; ID., *Apologia della storia giuridica*, Società Editrice il Mulino, Bologna, 1973.

⁵ DON MARTINDALE, *Social Life and Cultural Change*, Van Nostrand, Princeton (New Jersey), 1962; ID., *La sociedad norteamericana*, trad. cast. de Guillermo Prieto Yeme, del

En sus «Principios filosóficos» el profesor de la Universidad, que radica en la capital del cantón helvético de Vaud, despliega, explora y finalmente contrasta, una serie de modelos teóricos de explicación, comprensión y crítica del curso seguido en su evolución por el Derecho y las instituciones, y lo hace siempre con el soporte de la filosofía de la historia que acoge la teoría optimista del progreso y de la ascensión en un proceso lineal⁶ y continuo de desarrollo y mejoramiento⁷ —como principio conductor unívoco y tendencia general de la marcha de la historia humana que se incorporó plenamente al pensamiento occidental en el curso del siglo XVIII, hasta acceder a la condición de «tópica» o de «lugar común» en sentido aristotélico— esto es, en el que coinciden las opiniones «probables», o sea, que parecen aplicables a los ilustrados en una materia, que en nuestro caso serían los historiadores, filósofos, sociólogos, antropólogos, politólogos y juristas⁸, y que expresa la noción de tiempo histórico más propia de la Modernidad y de su talante de innovación, perfectibilidad y progreso —que eleva a ley lo que sencillamente es su ideal subjetivo⁹—, en busca del acrecentamiento hacia lo mejor, o en su

original *American Society* (C. D. Van Nostrand Company Inc., 1960), Fondo de Cultura Económica, México, febrero de 1970; ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, *Conflicto social, Derecho y Proceso*, Universidad de Murcia, Murcia, 1980; JERZY WRÓBLEWSKI (1925-1990), «Law and Social Change», en *Memoria del X Congreso Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, organizado por la IVR (Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1981, volumen II, págs. 35-40.

⁶ AMITAI ETZIONI y EVA ETZIONI (editores), «Introducción» a *Los cambios sociales. Fuentes, tipos y consecuencias* (1968), trad. cast. de Florentino M. Turner, del original *Social Changes. Sources, Patterns and Consequences* (Basic Books, New York, 1964), Fondo de Cultura Económica, tercera reimpresión, México, 1984, págs. 13-18; AMITAI ETZIONI, *Studies in social change*, Holt, Rinehart and Wiston, New York, 1966; ID., *The Active Society: a theory of societal and political processes*, New York, 1968; MORRIS GINSBERG, *Evolution and progress. Essays in Sociology and Social Philosophy*, William Heinemann Ltd., London, 1961.

⁷ HANS BLUMENBERG (1920-1996), «On the Lineage of the Idea of Progress», en *Social Research*, vol. 41, 1974, págs. 5-27; FRIEDRICH HÄNEL, *Die Gegensätze zwischen Recht und Leben*, Teubner, Leipzig, 1846, pág. 1: «Nuestro tiempo es el tiempo del progreso general y, no se puede negar, a saber, que es para el mejoramiento»; ROBERT M. WALLACE, «Progress, Secularization and Modernity: the Löwith-Blumenberg Debate», en *New German Critique*, vol. XXII, 1981, págs. 72 y sigs.

⁸ ARISTÓTELES, *Top.*, I. 1.5.3; LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *Sociología, administración*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, pág. 3.

⁹ IELIO VANNI (1855-1903), «El progreso en la formación histórica del Derecho», Capítulo IV de ID., *Filosofía del Derecho*, con «Noticia escrita de la vida y obras del autor» a cargo de Widar Cesarini Sforza (1886-1965), trad. cast. y «Prólogo» de Eduardo Urbano, Biblioteca Moderna de Filosofía y Ciencias Sociales, Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, Madrid, 1992, págs. 228-233, la cita en pág. 230.

caso hacia el cumplimiento de la evolución o la autorrealización del hegeliano Espíritu absoluto.

Tesis que considera a la Historia como el desarrollo de la razón —la Historia es la Historia de la Razón—, lo que aporta la correspondiente justificación-legitimación del conjunto del proceso histórico por su propia racionalidad¹⁰, y reduce el papel del individuo a mero instrumento en manos del progreso, quien le convierte en un medio que puede llegar a ser sacrificado en aras de la finalidad de la Historia, y que se traduce siempre, o en la justificación de las injusticias cometidas contra los individuos en nombre de los avances históricos, o en el olvido de las memorias individuales bajo la máscara oficial de una Historia del progreso¹¹.

Concepción que favorece que el historiador ceda, sin que tenga necesariamente la conciencia o el propósito de hacerlo, ante la tentación de concebir una línea perenne, de la cual el presente (cada presente, todos los sucesivos presentes) constituiría sólo un punto, en medio de todo un proceso en continua e incesante evolución, en el que el ayer siempre quedará sepultado y condenado por un hoy mejor, que a su vez será inevitablemente enterrado y condenado por el mañana, no menos mejor¹². La caducidad y la muerte de los individuos, de las Instituciones, y de los pueblos, se entienden que son necesarias, en una Historia que se construye siempre sobre la continua superación de los estadios anteriores¹³. En lo que constituye una concepción que aprisiona la historia en la espiral de un rígido y sofocante mecanismo evolutivo, y pone en evidencia una valoración implícitamente negativa del pasado, de todo

¹⁰ THEODOR WIESEGRUND ADORNO (1903-1969), *Tres estudios sobre Hegel*, traducción castellana del original, *Drei Studien zu Hegel*, editorial Taurus, Madrid, 1969; ID., *Dialéctica negativa*, trad. castellana del original *Negative Dialektik*, Ed. Taurus, Madrid, 1984; ID., «Zur Lehre von der Geschichte und von der Freiheit», en *Nachgelassen Schriften*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2001.

¹¹ MARTA TAFALLA (n. 1972), *Theodor W. Adorno. Una filosofía de la memoria*, Herder Editorial, SL, Barcelona, 2003, págs. 42-43; MANUEL REYES MATÉ, *La razón de los vencidos*, Editorial Anthropos, Editorial del hombre, Barcelona, 1991; ID., *Memoria de Occidente*, Editorial Anthropos, Barcelona, 1999; ID. (editor), «La filosofía después del Holocausto», volumen monográfico de la Revista *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política* (Instituto de Filosofía del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid), núm. XXIII, 2000.

¹² RAIMUNDO PANNIKAR ALEMANY (n. 1918), «El espejismo del futuro», en *Heterodoxia. Trimestral del Pensamiento Crítico y Extravagante* (Madrid), tomo II, Cuaderno 12, 1990, págs. 133-138.

¹³ THEODOR W. ADORNO, «Negative Dialektik», en ID., *Gesammelte Schriften*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1970-1986, vol. VI, págs. 314 y sigs. de la 1.ª Parte (hay traducción castellana, *Dialéctica negativa*, Editorial Taurus, Madrid, 1984, la cita en págs. 318 y sigs.).

el pasado, sorprendido cual peldaño inferior en la escala de la evolución¹⁴.

La obra, cuya recepción e influencia entre nosotros fue especialmente temprana¹⁵, gracias sobre todo a la cuidada traducción de dicha monografía a nuestra lengua —sólo un año después (1909) de su edición en lengua francesa— por parte del entonces joven profesor de Economía Política y Hacienda Pública Ramón Carande y Thovar (1887-1968), se abría con una «Nota» del catedrático de Legislación Comparada de la Facultad de Derecho de Madrid —titular de la primera Cátedra de la disciplina (1851) que se había dotado en España y que, con alta probabilidad tampoco tenga precedentes anteriores en ninguna otra Facultad o Escuela de Derecho del mundo¹⁶— el sociólogo, estadista y jurisconsulto, Gumer-

¹⁴ PAOLO GROSSI, *Modelos históricos y proyectos actuales en la formación de un futuro Derecho europeo*, trad. cast. de Ana-Matilde Kissler Fernández, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México), Nueva Serie, Año XXX, núm. 89, mayo-agosto de 1997, págs. 539-546, la cita en pág. 540.

¹⁵ Pierre de Tourtoulon, autor de importantes investigaciones de crítica textual sobre algunos de los juristas más antiguos del Derecho común canónico-romano como Jacques de Révigny (Jacobus de Rávanis, 1230-1296) y el fértil Placentino (siglo XII), alcanzó pronto notoriedad entre los juristas españoles del primer tercio del siglo XX con su propuesta de dotar de sólidos fundamentos filosóficos a la Historia del Derecho. *Los Principes philosophiques de l'histoire du droit* fueron traducidos al inglés por Martha M. Read con el título *The principles philosophy in the Development of Law*, dentro de la serie *Modern Legal Philosophy Series*, como volumen XIII, Macmillan Co., New York-Boston, 1922, con un «Preface» del filósofo de origen ruso (había nacido en Minsk) naturalizado norteamericano Morris Raphael Cohen (1880-1947), quien entonces se desempeñaba como profesor «todo terreno», al impartir enseñanzas de Lógica, Ética, Metafísica, Historia de la Filosofía, Filosofía del Derecho, Filosofía de la Ciencia y Filosofía de la Civilización en el College of the City of New York. Fue Morris Raphael Cohen el primero de los filósofos norteamericanos no juristas que se ocupó seriamente del Derecho, al que entendía como una entidad que se encontraba en perpetuo proceso de transformación, y que contaba con un conjunto variado de fuentes de desarrollo y de cambio: los hechos jurídicos, los sistemas jurídicos y los ideales éticos (vid. al respecto HUNTINGTON CAIRNS, «The Legal Philosophy of Morris R. Cohen», en *Vanderbilt Law Review*, vol. XIV, 1960, págs. 239-262; ARTURO DEREGIBUS, *Il razionalismo de Morris R. Cohen nella filosofia americana di oggi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1960). Morris R. Cohen publica en 1934, junto con el entonces profesor ayudante de la Universidad de Columbia (New York), ERNEST NAGEL (1901-1985) la primera de las ediciones de un texto traducido a bastantes lenguas. Una de las obras de Filosofía de la ciencia y, de manera particular, dedicada al estudio de la naturaleza y las formas de explicación científica, que más éxito de ventas ha llegado a tener en el siglo XX: *An Introduction to Logic and Scientific Method* (Harcourt, New York), traducida a nuestra lengua como *Introducción a la lógica y al método científico* (Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1968).

¹⁶ GUMERSINDO DE AZCÁRATE Y MENÉNDEZ, «Estudios sobre el objeto y el carácter de la Ciencia Económica y su relación con el Derecho», en *BRUM*, vol. III, 1870, págs. 317-331, y en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Reus-Madrid), vol. XXXIII,

sindo de Azcárate y Menéndez (1840-1917) —por aquel entonces, según su discípulo, a quien dirigió la tesis doctoral «Historia de la propiedad comunal» (diciembre de 1887)¹⁷, Rafael Altamira y Crevea (1866-1951, historiador, político, filósofo, jurista, sociólogo, pedagogo, y crítico¹⁸, a su vez maestro de José-María Ots Capdequi (1893-1975) y de nuestro Juan Manzano y Manzano (n. 1917, quien con el tiempo, al igual que el propio Altamira¹⁹, dirigiría sus publicaciones hacia investigaciones centradas en la figura de Cristóbal Colón, en el Derecho indiano y en el mundo hispano-americanista), la cátedra de Legislación Comparada en puridad, y visto lo que allí se explicaba y exigía, era a la vez cátedra de Historia General del Derecho y de cátedra Crítica jurídica con relación a los tiempos presentes²⁰. Cátedra de la que era titular Azcárate desde 1873, tras haber desempeñado la condición de profesor auxiliar de Economía Política los cuatro años anteriores a la instauración de la Primera República y a la oposición a la citada cátedra. Fue Azcárate uno de los traductores, junto con Augusto González de Linares, de los tres volúmenes de la *Enciclope-*

1871, págs. 305*328 y 401-428; ID., «Ensayo de una introducción al estudio de una Legislación Comparada y Programa de esta Asignatura», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Reus, Madrid), vol. 44, 1874, págs. 89-112, 161-194, 241-263 y 321-359, y vol. 45, 1874, págs. 5-19; ID., *Carácter científico de la Historia*, M. Hernando, Madrid, 1910; JOSÉ-MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, «García-Gallo y el Derecho comparado», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Madrid), número XXIII, 1993, págs. 293-295, la cita en pág. 293.

¹⁷ RAFAEL ALTAMIRA Y CREVEA, *Historia de la Propiedad comunal*, «Prólogo», de Gumersindo de Azcárate, Madrid, 1890; ID., «Adiciones a la Historia de la propiedad comunal», en *Boletín del Diccionario de la Administración Española*, de Alcubilla, Madrid, 1904.

¹⁸ JOSÉ-MARÍA JOVER ZAMORA, «Rafael Azcárate y la historia de la civilización», en *Cátedras con historia. Catedráticos de la Academia. Académicos con historia*, volumen colectivo editado por la Fundación Central Hispano y el Consejo Social de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, págs. 13-44; JUAN-JOSÉ GIL CREMADES, *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Editorial Ariel, Barcelona, 1969, págs. 199 y sigs.; LUIS REDONET, «Rafael Altamira y Crevea», en *Boletín de la Real Academia de la Historia* (Madrid), tomo CLIX, julio-septiembre 1966, Cuaderno 1.º, págs. 7-10.

¹⁹ SILVIO ZABALA, «El americanismo de Altamira», en *Homenaje al maestro Rafael Altamira*, en *Cuadernos Americanos* (Universidad Nacional Autónoma de México, México), 1952, págs. 35-49; vid. el volumen colectivo, *Estudios sobre Rafael Altamira*, editado por ARMANDO ALBEROLA, Instituto de Estudios Juan Gil Albert de la Diputación Provincial de Alicante y Caja de Ahorros Provincial de Alicante, Alicante, 1987; RAFAEL DE ALTAMIRA Y CREVEA, *Manual de Investigación de la Historia del Derecho Indiano*, Editorial Stylo, México, 1948; VICENTE RAMOS, *Rafael Altamira con «Prólogo» de Julio F. Guillén Tato*, Colección *Hombres, hechos e ideas*, Ediciones Alfaguara, Madrid-Barcelona, 1968.

²⁰ RAFAEL ALTAMIRA Y CREVEA, «Azcárate», en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* (Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid), vol. I, núm. 1, 1918, pág. 9.

dia jurídica o exposición orgánica de la Ciencia del Derecho y el Estado del krausista Heinrich Ahrens (1808-1874), publicados por el sello editorial Librería de Victoriano Suárez de Madrid entre 1878 y 1880. *Enciclopedia* que anotó junto con Francisco Giner de los Ríos²¹ (1839-1915), con un estudio sobre la vida y obra del autor alemán. En Gumersindo de Azcárate cohabitaron su dedicación a ámbitos del pensamiento y de la acción bien dispares, a todos los cuales supo honrar de forma debida. Muy probablemente se trata de una de las escasas figuras que, por encima de las diferencias de convicciones políticas y religiosas, llegaron a alcanzar en la España de su tiempo, una autoridad moral que mereció el unánime respeto de gentes de las más diversas opiniones, creencias y posicionamientos²², de aquí que se ha podido afirmar «que Azcárate brilla con luz propia hasta nuestros días»²³ en cuanto fue un claro precursor dentro del Estado social y democrático de Derecho como de la monarquía democrática, «decidido partidario del Welfare State, desconfiado sin embargo de la intervención

²¹ FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS Y GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Notas a la Enciclopedia jurídica de Ahrens. Con una nota sobre los arrendamientos rurales y pecuarios de Joaquín Costa*, «Prólogo de Pablo Azcárate», 2.ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1965; RAFAEL ALTAMIRA, *Biografía intelectual y moral de don Francisco Giner de los Ríos*, La Impresora Azteca, México, 9.ª edición, 1955; ARMANDO ALBEROLA (editor), *Estudios sobre Rafael Altamira*, Instituto de Estudios Juan Gil—Albert—Caja de Ahorros Provincial de Alicante, Alicante, 1987. Francisco Giner, Gumersindo de Azcárate y Augusto González de Linares tradujeron también la obra de HEINRICH AHRENS, *Compendio de Historia del Derecho Romano*, texto que encontró excepcional acogida entre los estudiantes, incorporado el año 1878 al sello de la emblemática Librería de Victoriano Suárez que radicaba en el número setenta y dos de la calle Jacometrezo de Madrid.

²² RAFAEL ALTAMIRA Y CREVEA, «Azcárate», en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* (Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid), vol. I, núm. 1, 1918, págs. 9 y sigs.; RAMÓN CARANDE, «Azcárate en sus últimos días», en *Insula. Revista bibliográfica de Ciencias y Letras* (Madrid), núm. 253, diciembre de 1967; LUIS GARCÍA DE VALDEAVELLANO Y ARACIS, «Don Gumersindo de Azcárate, historiador. (Con motivo de un cincuentenario)», en *Boletín de la Real Academia de la Historia* (Madrid), tomo CLXIV, cuaderno I, enero-marzo de 1969, págs. 75-96, la cita en pág. 75; E. GARCÍA HERREROS, «D. Gumersindo de Azcárate», en el volumen colectivo *Semblanzas jurídicas*, Imprenta de J. Lacoste, Madrid, 1906, págs. 23-24; JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, «Las ciencias jurídicas», en *Historia de España de Ramón Menéndez Pidal*, vol. XXXIX-II, coordinado por Pedro Laín Entralgo, Espasa Calpe, Madrid, segunda edición, 1996, págs. 341 y sigs.

²³ CARLOS VATTIER FUENZALIDA, *Gumersindo de Azcárate y la renovación de la Ciencia del Derecho en el siglo XX*, Seminario Jerónimo González, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1998, pág. 9; JOSÉ RAMÓN TORREGROSA PERIS, «El pensamiento político de Gumersindo de Azcárate», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núms. 135-136, 1964, págs. 121 y sigs.; CARLOS VATTIER FUENZALIDA, *Gumersindo de Azcárate y la renovación de...*, ob. cit., ed. cit., págs. 9-10.

directa del Estado y prefiere lo que hoy se conoce como concertación social e

La citada obra de Pierre de Tourtoulon, como ha terminado concluyendo con tantas otras, tras el transcurso de un muy prolongado purgatorio de olvido, ha visto rescatado y revalorizado su recuerdo y justiprecio (la historia, al igual que Saturno, devora a sus mejores hijos) mediante su atinada presencia en el importante tratado de *Historia del Derecho* de nuestro José-Manuel Pérez-Pren-des y Muñoz de Arraco (n. 1934), en lo que constituye sin disputa, una espléndida aproximación a las corrientes metodológicas de su disciplina, con la suficiente base filosófica y la nunca superflua aplicación erudita, que hace gala de la permanente y rigurosa preocupación por los problemas metodológicos —de los que ofrece una lectura problematizante y en ningún caso dogmática, y no sólo de los atinentes a su área de conocimiento, sino de los que conciernen a la Ciencia Jurídica en genera— que caracteriza a este discípulo fiel del maestro complutense del Derecho Manuel Torres López (1900-1987)²⁴, quien dirige en su actual andadura el Instituto de Metodología e Historia de la Ciencia Jurídica que radica en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

Recepción e influencia que se proyectó de manera principal sobre las nutridas promociones de nuestros estudiantes de Doctorado de Derecho que se sucedieron entre los cursos 1909 y 1936. Promociones relativamente numerosas, ya que la impartición de tales estudios estaba monopolizado en España por la Facultad de Derecho de la Universidad Central.

Todo parecía indicar que —tras el entonces todavía reciente nacimiento de la Historia del Derecho español como asignatura autónoma, bajo el rótulo «Historia General del Derecho Español», con el Real Decreto de dos de septiembre de 1883, por el que se dispuso que las enseñanzas de la Facultad de Derecho serían comunes a las dos secciones, en las que hasta aquel momento se encontraba dividida dicha Facultad²⁵, que

²⁴ JOSÉ SÁNCHEZ-ARCILLA Y BERNAL, «El neohistoricismo estructuralista: Pérez-Pren-des», en ID., *Jacobus, Id quod ego. Los caminos de la Ciencia Jurídica*, Editorial Dykinson, SL, Madrid, 2003, págs. 169-234, la cita en pág. 169.

²⁵ ALFONSO GARCÍA-GALLO Y DE DIEGO (1911-1992), «Hinojosa y su obra», en EDUARDO DE HINOJOSA Y NAVEROS, *Obras*, tomo I: «Estudios de Investigación», Madrid, 1948, págs. XI-CXXIV, la cita en págs. XXVIII-XXXI, XXXIX-XL y CIX-CXVIII; M. MARTÍNEZ-NEREA, «Los orígenes de la Historia del Derecho en la Universidad española», en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, núm. III, 2000, págs. 21-164; ID., «Hacia la madurez de una disciplina. Las oposiciones a Cátedra de Historia del Derecho Español entre 1898 y 1936», en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, núm. V, 2002, págs. 331-457; JOSÉ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, *Jacobus, Id quod ego. Los caminos...*, op. cit., ed. cit., págs. 2-6; J. A. SCHUSTER y R. R. YEO (editores), *The Politics and Rethoric of Scientific Method: Historical Studies*, Reidel, Dordrecht, 1986.

marca el punto de partida para la constitución de la, hasta entonces inexistente, «comunidad científica» organizada de los practicantes de la especialidad y de lo que conformaría su propia «matriz disciplinal»²⁶— se echaba en falta una filosofía de la historia del Derecho, que suministrase «el preciso enlace de principios y consecuencias que hace el fondo de los conocimientos de una ciencia»²⁷ y que, de acuerdo con la motivación que acompaña al citado Real Decreto y que se contiene en su Preámbulo, contribuyese a la superación del estado anterior de las cosas, en el que «los abogados reciben en las Universidades un caudal mezquino de instrucciones»²⁸.

Acaso había arraigado en las conciencias críticas de aquél entonces²⁹, la creencia en una especial necesidad de dotarse de los modelos y diseños elaborados por Tourtoulon, mediante los que se establecen relaciones causales que pueden analizarse y controlarse en el proceso de la investigación, así como de los instrumentos conceptuales con los que está entretejida la obra de Pierre de Tourtoulon, si se pretendía realizar una investigación rigurosa sobre cualquiera de los temas de la Historia del Derecho, de cuya coherencia interna la obra del profesor de Lausanne hace posible una visualización casi pictórica.

²⁶ THOMAS SAMUEL KUHN, «Postdata: 1969», en ID., *La estructura de las revoluciones científicas* (1971), trad. castellana a cargo de Agustín Contín del original en inglés, *The structure of scientific revolutions* (la primera edición apareció el año 1962, la segunda edición dentro del mismo sello editorial, Chicago University Press, Chicago, es de 1970), Fondo de Cultura Económica, Madrid-México, 1975, pág. 280; JOSÉ SÁNCHEZ- ARCILLA BERNAL, «Las escuelas científicas y la Historia del Derecho», en ID., *Jacobus, Id quod ego...*, op. cit., ed. cit., págs. 2-27, la cita en pág. 5; Carlos Solís, *Razones e intereses. La Historia de la Ciencia después de Kuhn*, Editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 1994, págs. 13 y sigs., 38 y sigs. y 82.

²⁷ Por decirlo acogiendo los términos de que se sirve Pablo de Olavide en su propuesta de Plan de estudios para la Universidad de Sevilla. Vid. FRANCISCO AGUILAR PINAL, *Plan de estudios para la Universidad de Sevilla por Pablo de Olavide*, Ediciones de Cultura Popular, Barcelona, 1969, pág. 139; M. DEFORNEAUX, *Olavide ou l'Afrancesado*, Presses Universitaires de France, Paris, 1959.

²⁸ *Colección Legislativa de España*, tomo 131, Madrid, 1884, págs. 442-443. El nuevo Plan de Estudios sería objeto al poco tiempo de una serie de reajustes por medio del Real Decreto de catorce de agosto de 1884, *Colección Legislativa de España*, tomo 133, Madrid, 1885, págs. 279-290.

²⁹ El mismo año 1909 en que se publica la traducción a nuestra lengua de *Los Principios filosóficos de la Historia del Derecho*, aparece en el *Bulletin Hispanique* de la Faculté de Lettres de Bordeaux (tomo XI, núm. 2) el fundamental artículo de RAFAEL ALTAMIRA Y CREVEA, *Sobre el estado actual de los estudios de Historia Jurídica española y de su enseñanza*, en donde se hace una valoración de la situación que por entonces presentaba la disciplina casi recién configurada. Vid. al respecto, la publicación de C. G., «Rafael Altamira a Bordeaux» en *Bulletin Hispanique* (Faculté de Lettres de Bordeaux), tomo XXVI, núm. 3, 1924.

Téngase presente que un cuarto de siglo después, cuando se publica (1934) la traducción a nuestra lengua de una de las más espléndidas monografías jurídicas de la «Primera Pleguerra» debida a Adolf Reinach (1883-1917) *Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil* (*Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, 1913), su prologuista, el magistrado José-María Álvarez Martín Taladriz destaca, entre otras utilidades de la obra de este discípulo aventajado de la escuela fenomenológica —más propiamente, movimiento fenomenológico— y del profesor de la Universidad de Freiburg im Brigsau, Edmund Husserl (1859-1938), al que se vinculó bien tempranamente, pasando a integrarse, como una de las figuras más representativas del grupo —en el «Círculo de Göttingen»³⁰, en cuya Universidad Husserl había empezado a profesar en 1901—, como tercera aportación el «ofrecer nuevos puntos de vista a la historia del Derecho»³¹.

Valoración adecuada de esta obra de Adolf Reinach, que resulta ser de toda su, por otra parte, no excesiva en cantidad, producción bibliográfica —la más conocida entre los juristas. No en vano se trata de la primera monografía de conjunto en la que se procede a aplicar el método fenomenológico a objetos del mundo jurídico, y en la que se insiste en destacar el carácter metodológico de la fenomenología por encima de su condición, que otros consideran más característicos de doctrina³² (condición abierta aún hoy a la controversia), cuyos instrumentos Adolf Reinach de análisis entendía idóneos a la hora de descubrir los tipos ideales o las estructuras esenciales de las construcciones jurídicas singulares, con independencia de los hechos reales, ahora, eso sí, en la condición de «cuadros ideales» de estos, como le correspondía tratar de hacer —con construcciones que esta-

³⁰ JUAN-DAVID GARCÍA-BACCA (1901-1992), *Nueve grandes filósofos contemporáneos y sus temas*. H. Bergson, M. de Unamuno, M. Heidegger, M. Scheler, N. Hartmann, William James, J. Ortega y Gasset, A.N. Whitehead, Anthropos, Editorial del Hombre, Barcelona, 1986; MAURICE MERLEAU-PONTY (1908-1961), *La fenomenología y las Ciencias del Hombre*, trad. cast. de B. B. de González y R. A. Piérola, Ed. Nova, 2.ª edición, Buenos Aires, 1969; FRANZ-GEORG SCHMUCKER, *Phänomenologie als Methode der Wesenserkenntnis*, 1956; HERBERT SPIEGELBERGER, *The Phenomenological Movement*, tomo I, 1960, págs. 168 y sigs.

³¹ JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ MARTÍNEZ-TALADRIZ, «Prólogo» a la trad. cast. de ADOLF REINACH, *Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil*, con «Apéndice» de José Luis Álvarez, Librería Bosch, Barcelona, 1934. Vid. la recensión de esta publicación en *Revista de Derecho Privado* (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid), tomo XXI, núm. 247, quince de abril de 1934, págs. 137-138 a cargo de José Castán Tobeñas y José Corts Grau. El año 1953 apareció una nueva edición de *Die apriorischen Grundlagen der bürgerlichen Rechts* de ADOLF REINACH, bajo el título *Zur Phänomenologie des Rechts*.

³² JOSEF I. M. BOCHERISKI (1902), *Los métodos actuales del pensamiento*, trad. cast. de Raimundo Drudis Bladrich, del original *Die zeitgenössischen Denkmethode* (A. Francke Verlag-Leo Lehnen Verlag, Bern-München, segunda edición, 1959), *Colección Pensamiento*, Ediciones Rialp, SA, octava edición, Madrid, 1973, pág. 3.

rán dotadas de un ser independiente, tanto de la positividad jurídica (el Derecho positivo no las crea, sino que las presupone y se vale de ellas) como de la ciencia del Derecho— a un movimiento que ha sido calificado, sin hipérbole alguna, como el «intento mayor y más serio de nuestro siglo por alcanzar las fuentes últimas del conocimiento»³³.

Elementos que concordaban con los distintos imperativos formales que regían, de forma indiscutida, por aquel entonces en el ámbito de las publicaciones de los científicos sociales, y que a la vez ensamblaban armónicamente con el *humus* y el clima intelectual de nuestra cultura y de sus instituciones más de vanguardia en el primer decenio del siglo XX, a la que Pierre de Tourtoulon aporta su innovador valor metodológico de fundamentación.

Este conjunto de circunstancias nos permiten volver a parafrasear el *dictum* de Immanuel Kant (1724-1804), en línea, a su vez, con la paráfrasis distorsionante³⁴ que ya en su día postulara, desde la filosofía «postpositivista» de la Ciencia, el «segundo Imre Lakatos» (Imre Lipschitz, 1924-1974), el Lakatos de la «teoría de los programas de investigación científicos» con respecto a la filosofía y la historia de la ciencia («Philosophy of science without history of science is empty. History of science without philosophy of science is blind»)³⁵, y sostener que la Filosofía del Derecho sin la Historia del Derecho se encuentra vacía de contenido, de la misma forma que la Historia del Derecho sin la Filosofía del Derecho es ciega³⁶.

La publicación presentaba las concepciones teóricas de Pierre de Tourtoulon en términos rigurosamente lógicos y formales, y se servía para ello

³³ LESZEK KOLAKOWSKI (n. 1927), *Husserl y la búsqueda de la certeza*, trad. cast., Alianza Editorial, Madrid, pág. 12.

³⁴ IAN HACKING, «Lakatos's philosophy of science», en ID. (compilador), *Scientific Revolutions*, Oxford University Press, London-New York, 1981, págs. 128-143, la cita en una nota de la pág. 138.

³⁵ MARCELO DASCAL, «Epistemología, controversias y pragmática», en *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política* (Instituto de Filosofía del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid), vol. XII, octubre de 1995, págs. 8-43.

³⁶ STEVE FULLER, *Thomas Kuhn. A Philosophical History of Our Times*, University of Chicago Press, Chicago-London, 2000; T. KOESTSIER, *Lakatos Philosophy of Mathematics: A Historical Approach*, 1991; IMRE (IMRE LIPSCHITZ, IMRE MOLNÁR) LAKATOS (1924-1974), HERBERT FEIGL, RICHARD J. HALL, NORETTA KOERTGE y THOMAS SAMUEL KUHN, *Historia de la Ciencia y sus reconstrucciones: racionales* (1974), trad. cast. de D. Ribes, Colección *Filosofía y Ensayo*, Editorial Tecnos, Madrid, tercera edición, 2002; IMRE LAKATOS, «History of science and its rational reconstructions» (1970) en el volumen colectivo compilado por IAN HACKING, *Scientific revolutions*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1981, págs. 231-278; ID., *La metodología de los programas de investigación científica* (1978), trad. cast. Alianza Editorial, Madrid, 1983.

de la guía del principio de polaridad como principio a la vez heurístico y ontológico³⁷.

Bien cierto es que tal idea de polaridad no carece de antecedentes en el discurso filosófico, ni en el de las ciencias sociales, hasta el punto que se le han podido identificar, por ejemplo, una serie de precedentes bastante remotos en la reflexión filosófica, ámbito en el que ha arraigado, y en el que parece cobrar nueva actualidad siempre que se profundiza en las dicotomías, en las condiciones dobles y en los dualismos. Dicotomías, condiciones dobles y dualismos que por otra parte, al igual que Guadianas emergen y desaparecen de forma recurrente desde los primeros pasos de la reflexión filosófica en Grecia. A este respecto podrían citarse la eterna dicotomía entre las concepciones objetivas y subjetivas de la verdad y de la razón³⁸, o la contraposición entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, o entre el idealismo y el realismo, o entre el dogmatismo y el escepticismo...

Diversos sistemas filosóficos y distintas culturas, prácticamente todas las que han desarrollado un discurso propio, se han ocupado de la idea de polaridad, a veces en la condición de una forma de dualismo. Es el caso, por ejemplo, de la llamada «concordancia de los contrarios», de Nicolás de Cusa (1401-1464) o de la contraposición de los dos polos (naturaleza y espíritu, real e ideal) por parte del fundador de la Filosofía de la Identidad (sujeto-objeto), Friedrich-Wilhelm-Joseph Schelling (1775-1854).

En la concepción del entonces más destacado conocedor de las políticas liberales norteamericanas, el profesor que fuera de la Universidad de Wisconsin, John Rogers Commons, que a este respecto profesara una filosofía de la polaridad, en la medida que hace del principio de polaridad uno de los principios de su sistema de pensamiento, según el cual los contrarios se presuponen uno a otro cuando se aplican en cualquier campo de investigación, de tal manera que los polos opuestos deben tomarse en consideración en toda explicación y en toda determinación, por lo menos conceptual de los fenómenos; ya que dichos polos opuestos se encuentran relacionados en la forma de la contraposición, y la determinación conceptual de los fenómenos, circunstancia que requiere necesariamente mostrar la manera en la que dicho principio de polaridad funciona como principio de subordinación recíproca de determinaciones que de partida eran con-

³⁷ ROBERT E. LARSEN, «Morris Cohen's Principle of Polarity», en *Journal of the History of Ideas* (The John Hopkins University Press, Baltimore), vol. XX, 1959, págs. 587-595; ERNEST NAGEL (1901-1985), «Morris Raphael Cohen in Retrospect», en *Journal of the History of Ideas* (The John Hopkins University Press, Baltimore), vol. XVIII, 1957, págs. 548-551.

³⁸ HILARY PUTNAM, *Razón, verdad e historia*, trad. cast. de J. M. Esteban Cloquell, Colección *Filosofía y Ensayo*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.

trapuestas (acción y reacción, autoesfuerzo y autorealización, fuerza y resistencia...), o mejor aún, la confluencia de elementos opuestos es una especie de relación de complementariedad, que no de contraposición dialéctica, ni de eclecticismo, ni de «armonismo». En el caso de que no se proceda así, de no hacerlo, no se podrá dar razón ni de la regularidad de los procesos reales, ni de la posibilidad de su inteligibilidad»³⁹.

Dos autores bien diferentes tanto por su formación como por su personal *cursus honorum* posterior, hicieron el más amplio y provechoso uso en el conjunto de su producción bibliográfica, del principio de polaridad, del que sirvieron básicamente para resolver antinomias. Principio de polaridad al que primaron entre los distintos instrumentos metodológicos de los que se sirvieron:

a) En primer lugar —y acaso porque fue quien se anticipó en hacerlo— habrá que citar a quien contribuyó a difundir los *Principios filosóficos* de Tourtoulon en el mundo angloamericano, el filósofo norteamericano de origen ruso Morris Raphael Cohen⁴⁰ (1880-1947), uno de los filósofos norteamericanos más influyentes y de más amplio interés (lógica, matemáticas, sociología, historia, filosofía de las ciencias sociales, derecho...) de la primera mitad del siglo XX, autor en el que se evidencia una importante vertiente y fundamentación pragmatista, propuso valorar su propio pensamiento en la correspondiente autopresentación, calificándolo de «racionalismo realista» (esto es, una manera de investigar y de desarrollar un discurso, en el que se acentúa la importancia del intelecto o de la razón aplicada a lo que es, en vez de serlo *in vacuo*⁴¹), parte de cuya obra fue editada póstumamente por su hijo Félix Salten Cohen (1907-1953, profesor de Derecho en la Yale Law School, New York City College, Rutgers Law School y New School for Social Research⁴².

³⁹ DAVID A. HOLLINGER, *Morris Raphael Cohen and the Scientific Ideal*, 1975. Vid. el volumen *Freedom and Reason. Studies in Philosophy and Jewish Culture* dedicado a la memoria de Morris Raphael Cohen cuatro años después de su muerte, editado por Salo W. Baron, Ernst Angel y K. S. Pinsen, en el sello The Free Press de Glencoe (Illinois). Excepcional importancia tienen los dos volúmenes que MORRIS RAPHAEL COHEN publicó en colaboración con FELIX SALTEN COHEN (1907-1953), *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy* (Boston-Toronto), 1951, y *Ethical Systems and Legal Ideals* (1933), New York-Ithaca, 1953.

⁴⁰ ROBERT E. LARSEN, «Morris Cohen's Principle of Polarity», en *Journal of the History of Ideas* (The Johns Hopkins University, Baltimore), vol. XX, 1959, págs. 587-595.

⁴¹ LESTER E. DENONN, voz «Cohen, Morris Raphael», en *Diccionario de Filosofía*, editado por Dagobert D. Runnes, trad. cast. de Ana Doménec, Sara Estrada, J. C. García Barbón y Manuel Sacristán Luzón, del original *Dictionary of Philosophy* (Philosophical Library Inc, decimoquinta edición, New York, 1960), Ediciones Grijalbo, Barcelona, 1969, pág. 70.

⁴² Felix Salten Cohen fue un defensor de los pueblos indios de Norteamérica, sobre los que publicó importantes textos, y a los que defendió en una serie de procesos y actuaciones

Fue M. R. Cohen un autor que se diría estuvo obsesionado, en el curso de toda su amplia producción bibliográfica, por contribuir a la construcción de una filosofía de la ciencia y por conseguir la plena aplicación del método lógico y científico al ámbito de las ciencias sociales. Sería además el primer filósofo norteamericano «tout court», que dedicó cuidadosos análisis al Derecho, delimitando un ámbito autónomo de reflexión que no fuese tan sólo un epígono de concepciones filosóficas globales. Concebía al Derecho como una entidad cultural en perpetuo proceso de transformación, cuyas fuentes de desarrollo o de cambio radicaban en los hechos sociales, en los sistemas jurídicos y en los ideales éticos. En 1912 propuso a la «American Philosophical Association» que cooperase con la «American Association of Law Schools» para traducir y publicar en inglés las obras más importantes del filósofo del derecho editadas en Europa. Al año siguiente junto con John Dewey (1859-1952⁴³) organizó y animó la «Conference on Legal and Social Philosophy», congreso que algunos intérpretes consideran el punto de partida de la toma de conciencia de la teoría del derecho norteamericana.

Morris Raphael Cohen habría de encontrar en el principio de polaridad, del que hizo principalmente uso en su obra más significativa *Razón y naturaleza* (1931), un adecuado complemento, y un flexible instrumental a fin de tratar de desarrollar su concepción relacionista —la idea de que las relaciones abstractas, lógicas o matemáticas son relaciones reales— a la que había accedido, según confesión de parte, tras la lectura de *The Principles of Mathematics* (1903) del filósofo británico, matemático, premio Nobel de Literatura 1950 y destacado activista de los derechos civiles Bertrand Arthur-William Russell (1872-1970), intento de fundamentación lógica de las matemáticas, a la que siguió la oportuna lectura de los tres vo-

nes de gestión insertos en la *New York Bar*. Su texto más conocido como teoría del derecho se mueve en la línea de lo que él mismo, y los analistas posteriores, llamaron «enfoque funcional en el derecho», y tomó cuerpo entre otros textos en «Transcendental Nonsense and the Functional Approach» (1935), en *The Legal Conscience*, Yale University Press, New Haven, 1960, págs. 33-76 (trad. cast. de Genaro Rubén Carrió, *El método funcional en el derecho*, Ediciones Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962), al... vid. también *Handbook of Federal Indian Law* (United States, Government Printing Office, Washington D.C., 1941), y *Ethical Systems and Legal Ideals. An Essay on the Foundations of Legal Criticism* (Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1959 —publicado inicialmente el año 1933—).

⁴³ M. ALCARO, *Filosofie democratiche. Scienza e potere nel pensiero di John Dewey, Bertrand Russell e Karl Popper*, Bari, 1986; JOHN DEWEY, «Logical Method and Law», en *Philosophical Review*, vol. XXXIII, 1924, págs. 560-572 (recogido en *Philosophy and civilization*, New York, 1931); ID., colaboración al volumen colectivo *My Philosophy of Law. Credo of Sixteen American scholars*, Boston, 1941; ID., «Austin's theory of sovereignty», en *Political Science quarterly*, 1894; CARLA FARALLI, *John Dewey. Una filosofia del diritto per la democrazia*, CLUEB, Bologna, 1990.

lúmenes de los *Principia Mathematica* (1910-1913), publicación producto de la colaboración entre el propio Bertrand Russell y el filósofo y matemático británico Alfred North Whitehead (1861-1947)⁴⁴ —que ocupa una posición arquitectónica en el desarrollo de la lógica simbólica⁴⁵. Morris R. Cohen estaba persuadido de la necesidad imperiosa⁴⁶ de la existencia de una polaridad fundamental entre los que él denominaba elementos racionales y los elementos empíricos de la existencia, si bien muchos filósofos ignoran estos y otros aspectos polares de la naturaleza.

b) En segundo lugar, el ya citado John Rogers Commons (1862-1945)⁴⁷, historiador, teórico de la economía, que encarna como pocos aca-

⁴⁴ ISABELLE STENGHERS (editora), *L'effet Whitehead*, Librairie J. Vrin, París, 1994; ALFRED NORTH WHITEHEAD, *La función de la razón*, trad. cast., Colección Cuadernos de Filosofía y Ensayo, Editorial Tecnos, segunda edición, Madrid, 2003 (hay trad. francesa de Philippe Devaux, *La fonction de la raison et autres essais*, Payot, París, 1969); ALFRED NORTH WHITEHEAD y BERTRAND RUSSELL, *Principia Mathematica*, segunda edición, quinta reimpresión, tres volúmenes, Cambridge University Press, Cambridge (United Kingdom), 1968; ID., *Principia Mathematica, hasta el 56*, trad. cast. Col. Lógica y Teoría de la Ciencia, Editorial Paraninfo, Madrid, 1981.

⁴⁵ ALFRED JULIUS AYER (1910-1989), «Russel, Bertrand Arthur Williams», en *Enciclopedia concisa de filosofía y filósofos*, bajo la dirección de James Opie Urmson, trad. cast. de Ana Sánchez del original en inglés, *The Concise Encyclopedia of Western Philosophy and Philosophers* (1960, segunda edición revisada, 1975), Colección Teorema, Serie Mayor, Ediciones Cátedra, Madrid, 1979, págs. 347-353, la cita en pág. 349.

⁴⁶ LEONORA COHEN ROSENFELD, voz «Morris R. Cohen», en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, dirigida por DAVID L. SILLS, trad. cast. de *International Encyclopedia of the Social Sciences* (The Macmillan Company-The Free Press, New York, 1968) a cargo de VICENTE CERVERA TOMÁS et alii, Aguilar, SA, de Ediciones, Madrid, 1974, tomo II, págs. 429-430; ID., *Portrait of a Philosopher. Morris R. Cohen in Life and Letters*, Harcourt, New York, 1962; JOHN R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, The Macmillan Co., New York, 1924; ID. et alii, *History of Labour in the United States*, cuatro volúmenes, The Macmillan Co., New York, 1918-1935; exhaustiva de las publicaciones de J. R. Commons; ID., *Legal Foundations of Capitalism*, University of Wisconsin Press, Madison, 1954; ID., «A Sociological View of Sovereignty», en *American Journal of Sociology*, vol. V de 1899 (págs. 1-15, 155-171, 347-366, 544-552, 683-695 y 814-825) y vol. VI de 1900, págs. 67-89; JOSEPH DORFMAN, voz «John R. Commons», en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, dirigida por L. Sills, trad. cast. cit., ed. cit., tomo cit., págs. 517-518; ID., «John R. Commons and the Economics of Collective Action», en ID., *The Economic Mind in American Civilization*, Viking, New York, 1959, vol. IV, págs. 377-395; LAFAYETTE G. HARTER junior, *John R. Commons: His Assault on Laissez-faire*, Oregon State University Press, Corvallis (Oregon), 1962; MARK PERLMAN, «John Commons: Theorist as Policy Maker», en *Labor Union Theories in American*, Row, Petersen, Evanston (Illinois), págs. 173-190.

⁴⁷ JOHN R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, The Macmillan Co, New York, 1924; ID. et alii, *History of Labour in the United States*, cuatro volúmenes, The Macmillan Co, New York, 1918-1935; ID., «Morris R. Cohen: A Philosopher's Influence on the Law», «Introducción» al la edición póstuma del volumen de MORRIS R. COHEN, *Law and the Social Order: Essays in Legal Philosophy* (1933), Transactions Books, New Brunswick-Lon-

démicos de su tiempo el maridaje entre un franco compromiso político y el rigor del analista científico, lo que le llevó a ser uno de los arquitectos diseñadores de las reformas y de los sucesivos modelos de modernización social y económica norteamericana que se abordaron durante el amplísimo período que comprende tres procesos que pautaron la vida pública y económica estadounidense durante la primera mitad del siglo XX: el «Square Deal» de la presidencia (1901-1909) de Theodore Roosevelt (1858-1923) —etapa en la que adquirió renombre como el académico más destacado conocedor de los problemas laborales y del movimiento sindicalista norteamericano, siendo vocal de la «Industrial Commission» que redactó el primer estudio general de la economía de los Estados Unidos—, el «New Freedom» de la presidencia (1913-1921) de Thomas Woodrow Wilson (1856-1924)⁴⁸ —etapa en la que fue vocal de la «Industrial Relations Commission» encargada de supervisar las leyes laborales en el Estado de Wisconsin, que a estos efectos fue un Estado piloto, en el que se aplicaron una serie de medidas que, con el tiempo, terminaron por hacerse extensivas al conjunto de la Unión— y el «New Deal» («Nuevo Trato»⁴⁹, que permitió superar la crisis económica y financiera⁵⁰ que había dado lugar a la «Gran Depresión», y cuyos efectos a su vez serían multiplicados por ésta) de la presidencia (1933-1945) de Franklin Delano Roosevelt⁵¹ (1882-1945)

don, 1982, págs. XVI-XVIII; NEIL W. CHAMBERLAIN, «The Institutional Economics of John R. Commons», en JOSEPH DORFMAN et alii, *Institutional Economics: Veblen, Commons and Mitchell Reconsidered*, University of California Press, Berkeley (California), 1963, págs. 63-94; JOHN ROGERS COMMONS, *The Economics of Collective Action* (1950), editado por K. H. Parsons, Macmillan, New York, 1956 (incluye una bibliografía casi exhaustiva de las publicaciones de J. R. Commons); ID., *Legal Foundations of Capitalism*, University of Wisconsin Press, Madison, 1954; ID., «A Sociological View of Sovereignty» en *American Journal of Sociology*, vol. V de 1899 (págs. 1-15, 155-171, 347-366, 544-552, 683-695 y 814-825) y vol. VI de 1900, págs. 67-89; JOSEPH DORFMAN, voz «John R. Commons», en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, dirigida por L. Sills, trad. cast. cit., ed. cit., tomo cit., págs. 517-518; ID., «John R. Commons and the Economics of Collective Action», en ID., *The Economic Mind in American Civilization*, Viking, New York, 1959, vol. IV, págs. 377-395; LAFAYETTE G. HARTER junior, *John R. Commons: His Assault on Laissez-faire*, Oregon State University Press, Corvallis (Oregon), 1962; MARK PERLMAN, «John Commons: Theorist as Policy Maker», en *Labor Union Theories in American*, Row, Petersen, Evanston (Illinois), págs. 173-190.

⁴⁸ H. HOOVER, *The Ordeal of Woodrow Wilson*, McGraw Hill-Museum Press, New York-London, 1958; A. CL. WALWORTH, *Woodrow Wilson*, Longman's Green, New York, dos volúmenes, 1958.

⁴⁹ ALPHEUS T. MASON, «American Individualism: Fact and Fiction», en *The American Political Science Review* (University of Duke), vol. XLVI, núm. 1, marzo de 1952.

⁵⁰ PAUL EINZIG, *La crisis económica mundial 1929-1933*, trad. cast. de Luis A. Vigil-Escalera, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934.

⁵¹ JOSEPH DORFMAN, voz «John R. Commons», en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, dirigida por David L. Sills, trad. cast. de *International Encyclopedia of the*

—etapa en la que la mayor parte, si no la totalidad, de los redactores de la importante «Social Act» de 1935, y de muchas otras disposiciones legales norteamericanas orientadas a superar la citada crisis⁵², se habían formado bajo su directo magisterio, cuya huella se dejará notar en sus decisiones. Su influencia se proyectó básicamente en el ámbito de la politología y de la ciencia económica, se le ha considerado como el principal teórico del singular sindicalismo norteamericano y de lo que se dio en llamar el capitalismo razonable, un capitalismo reformista para tiempos de crisis. A la influencia que sobre su obra ejerció el principio de polaridad, habría que añadir, por la alta incidencia que tuvo en muchas de sus concepciones la atenta lectura que realizó de las publicaciones del sociólogo y crítico social estadounidense, Thorstein Bunde Veblen (1857-1929, de quien alguien dijo alguna vez que fue el último hombre que lo supo todo), fino analista de la sociedad industrial contemporánea, cuyo institucionalismo, si bien no creó una escala en el sentido rígido y convencional del término, condicionó bastantes de los argumentos que se esgrimieron en el debate social norteamericano durante el primer tercio del siglo XX⁵³.

I.2. «¿El Derecho es activo o pasivo en la evolución?, ¿se deja transformar por causas diversas, u obra él mismo como causa de transformación? ¿Cuál es la fuerza propia de su acción?»⁵⁴. Interrogantes todas ellas

Social Sciences (The Macmillan Company-The Free Press, Crowell Collier, New York, 1968) a cargo de VICENTE CERVERA TOMÁS, PEDRO BRAVO GALA, JOSEFINA CULEBRAS ABRIL *et alii*, Aguilar, SA de Ediciones, Madrid, 1974, vol. II, págs. 517-518, la cita en pág. 517; LEO D. EPSTEIN, *Politics in Wisconsin*, The University of Wisconsin Press, Madison (Wisconsin), 1958; MORTON J. FRISCH, «Franklin D. Roosevelt and the Problem of Democratic Liberty», en *Ethics* (Chicago), volumen LXXII, núm. 3, abril de 1962, págs. 180-192; DON KANEL, «Property and Economics Power as Issues in Institutional Economics», en *Journal of Economics Issues*, vol. VIII, núm. 4, 1974, págs. 827-840; ERVIN K. ZINGLER, «Veblen vs. Commons. A Comparative Evaluation», en *Kyklos*, vol. XXVII, 2, págs. 322-344.

⁵² EDUARDO LUIS LLORÉNS, «La crisis», en ID., *¿Qué es la democracia?*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933; ID., *La igualdad ante la ley*, 1934.

⁵³ STANLEY M. DAUGERT, *The Philosophy of Thorstein Veblen*, King's Crown, New York, 1950; JOSEPH DORFMAN, *Thorstein Veblen and his America* (1934); Kelley, New York, 1961; DAVID RIESMAN, *Thorstein Veblen: A Critical Interpretation*, Scribner, New York, 1953; vid. «Thorstein Bunde Veblen, 1857-1957», *Monthly Review*, vol. IX, 1957, págs. 65-122.

⁵⁴ RICHARD L. ABEL y PHILIP S. C. LEWIS (editores), *Lawyers in Society: The Civil Law World*, University of California Press, Berkeley (California), 1978; ID. (editores), *Lawyers in Society Comparative Theories*, tres volúmenes, University of California Press, Berkeley (California), 1989; JERALD S. AUERBACH, *Unequal Justice. Lawyers and Social Change in Modern America*, London-Oxford University Press, New York, 1974; PEDRO DE TOURTOULON, *Los principios filosóficos de la historia del derecho*, trad. cast. de Ramón Carande y Thovar (1887-1968), con «Nota» de Gumersindo de Azcárate y Menéndez (1840-1917),

sobre las que, conjeturaba entonces Pierre de Tourtoulon con su lenguaje personalísimo, habremos de volver de manera continua, al no haber perdido actualidad y encontrarse, como se encuentran, permanentemente abiertas e irresueltas.

Crear lo contrario resulta, sin embargo, de lo más común, y tal vez como argumento a favor de la perennidad de que están dotados los interrogantes que planteaba a principios del siglo XX Pierre de Tourtoulon, deberíamos traer a la consideración las palabras con las que, en 1960, Willi Kreiterling abre el «Prólogo» a su opúsculo «Iglesia Católica y democracia. Una contribución al entendimiento y la comprensión»: «La unidad creciente del mundo y la aceleración de todos los procesos de nuestra vida social y política nos obligan a formular de nuevo muchas preguntas cuya respuesta parece haber sido hallada hace mucho tiempo»⁵⁵. ¿Qué duda cabe que los dos determinantes que obligaban a los inicios de la década de los sesenta del pasado siglo, a reformar interrogantes, lejos de haber desaparecido, o de haberse estancado o enmudecido, no han dejado de crecer, y de un modo excepcional, en los últimos cuarenta y tres años?

Más abiertas e irresueltas si cabe aquí y ahora por dos razones: a) La naturaleza macrosociológica de los procesos que condicionan las transformaciones sociales en «la sociedad del capitalismo maduro», situación en la que las relaciones entre derecho y transformación social se parecen en toda su complejidad⁵⁶, y b) El radical cambio producido tanto en el escenario, como en los protagonistas y autores secundarios en la realidad jurídica y en la realidad «tout court», con una continua redefinición de los procesos sociales.

Estaríamos, en relación a la segunda de las causas, en una situación donde, pese a que todo habla de crisis, y de la inminencia de su desaparición, sobre el escenario siguen gravitando pesadamente, la visión del

del original, *Les principes philosophiques de l'histoire du droit* (Felix Alcan-Payot, Paris-Lausanne, 1908), Imprenta de Inocente Calleja, Madrid, 1909, tomo I, págs. 7-13, la cita en pág. 9; ID., *Les trois justices*, Recueil Sirey, Paris, 1933; ID., *Placentin. La vie, les oeuvres*, volumen I (y único publicado), Paris, 1896 (reimpresión Glashütten im Taunus, 1972); ID., *Philosophy in the Development of Law*, con «Introduction» de Andrew A. Bruce, «Preface» de Morris Raphael Cohen, trad. al inglés de Martha M. Read, Hein and Company, Incorporated, enero de 1969.

⁵⁵ WILLI KREITERLING, «Prólogo» a ID., *Iglesia Católica y democracia. Una contribución al entendimiento y la comprensión*, trad. cast. de Francisco García, del original en lengua alemana, *Katholische Kirche und Demokratie. Ein Beitrag zu Verstehen und Verständigung* (Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt am Main, 1960), Colección Cuadernos Taurus, Taurus Ediciones, SA, Madrid, 1963, págs. 7-10, la cita en pág. 7.

⁵⁶ ELIGIO RESTA, «Il diritto nella trasformazione sociale», en ELIGIO RESTA (editor), *Diritti e trasformazione sociale*, Col. *Critica giuridica e analisi sociale*, Gius, Laterza & Figli Spa, Roma-Bari, mayo de 1978, págs. 5-40, la cita en pág. 6.

mundo caracterizada por la prevalencia atribuida al orden y a la estabilidad. Visión del mundo que había constituido sin ruptura de continuidad el telón de fondo de los discursos y de las argumentaciones que fueron desarrolladas por Herbert-Lionel-Adolphus Hart (1907-1992), Hans Kelsen (1881-1973) y Alf-Niels-Christian Ross (1899-1979) en la indiscutida condición de ser los tres teóricos del Derecho más relevantes de la pasada centuria, amén de los intérpretes más cualificados del pensamiento jurídico que dominó en las sociedades nordatlánticas en el curso del siglo que apenas acaba de concluir.

En dicho modelo, patrón cognitivo, gran relato o visión del mundo que ha gozado de una acogida duradera, en el sentido de que ha afectado al discurso y a las concepciones políticas durante siglos, el orden político que se había impuesto tras la disolución del anterior orden jurídico-político medieval⁵⁷, se asentaba sobre el Estado nacional soberano, instancia política privilegiada e históricamente hegemónica de coordinación social y de organización del poder y de las relaciones políticas.

Potencia suprema en el ámbito interno (esto es, en el interior de sus propias fronteras), que si bien, y mediante el ejercicio de «la soberanía interna» aseguraba la cohesión dentro de su territorio, consagrando su derecho a ejercer en ese territorio el poder exclusivo⁵⁸; al mismo tiempo que, en su condición de entidad soberana en las relaciones internacionales, en el ámbito de lo que constituía por aquel entonces el sistema internacional de Estados-nación⁵⁹, gozaba del principio de observación absoluta de la soberanía interna de los Estados, con la derivada prohibición de intervenir o de injerir por parte del gobierno de otro Estado en sus asuntos internos.

Principio de no intervención que tanto el filósofo alemán Christian Freiherr von Wolff (1679-1754); como el jurisconsulto suizo Emerico (Emer) de Vattel (1714-1767) habían articulado de manera explícita durante la segunda mitad del siglo XVIII, por entender que la interferencia de un Estado en los asuntos externos de otro Estado, sea cual fuere la manera en que esta se llevara a cabo, es abiertamente opuesta a la libertad de las

⁵⁷ PAOLO ROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, segunda edición, Gius Laterza, Bari-Roma, 1996.

⁵⁸ DANILO ZOLO (n. 1936), *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, trad. cast. de Rafael Grasa y Francisco Serra, del original *Cosmopolis* (Polity Press-Blackwell Publishers Ltd., Cambridge-Massachusetts, 1997), Colección *Paidós Estado y Sociedad*, Editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 2000, págs. 17-26, la cita en pág. 17.

⁵⁹ NORBERT LESCHER, «Tres formas de coordinación social. A propósito de la sociedad de redes de Dirk Messner», en *Diálogo Científico. Revista Semestral de Investigaciones Alemanas sobre Sociedad, Derecho y Economía* (Centro de Documentación Científica con Iberoamérica, Tübingen), vol. IX, núms. 1-2, 2000, págs. 45-62, la cita en pág. 45.

naciones, en virtud de la cual cada una de ellas es, en las acciones que realice en el ámbito de su territorio, enteramente independiente de la voluntad de las restantes naciones⁶⁰. Concepción que atribuye a la «soberanía externa» de los Estados la condición de axioma indiscutido del «ius gentium», al entender que a todo Estado-nación se le debe reconocer como la indisputada forma principal de organización de la vida política en un determinado territorio, título y atributo que se mantuvieron en los últimos siglos, y cuya consolidación y protagonismo histórico dirigieron, según todas las evidencias que han llegado hasta nosotros, el impulso moderno.

En tiempos de «sedentarismo político»⁶¹ los Estados-nación soberanos coexistían en un sistema internacional de Estados territoriales soberanos, establecido en Europa por la paz de Westfalia⁶² que hacia finales del siglo XIX se universalizó y cuyos estrictos contornos delineaban un «statu quo» en el que lo político contenía una serie de asuntos que forzosamente debían ser tratados, en primer lugar, y en especial, en los ámbitos determinados por los límites de un territorio nacional.

«Statu quo» que estaba centrado y se asentaba sustancialmente en torno a tres pivotes conceptuales: a) La acentuación del elemento de la soberanía en cuanto emblema de la potestad o poder del Estado en tres de sus formulaciones: como soberanía legal internacional, como soberanía clásica westfaliana y como soberanía interna⁶³. Esto es, en lo que la sobe-

⁶⁰ C. BEITZ, *Political Theory and International Relations*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1979, págs. 74 y sigs.; L. BRILMAYER, *Justifying International Acts*, Cornell University Press, Ithaca-London, 1989, Capítulos V-VII, págs. 105-155; ANN THOMAS y A. J. THOMAS, *Non Intervention: The Law and Its Import in the Americas*, Southern Methodist University Press, Dallas (Texas), 1956, págs. 5 y sigs.; EMER DE VATTEL, *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature applied to the Conduct and Affair of Nation and Sovereignty*, T. Johnson y J. W. Johnson, Law Bookseller, Philadelphia, 1852, pág. 155; M. HEIBERG, *Subduing Sovereignty: Sovereignty and the Rights to Intervene*, Pinter, London, 1994; A. HERACLIDES, «Secession, Self-Determination and Non-intervention: In Quest of a Normative Symbiosis», en *Journal of International Affairs*, vol. 45, págs. 399-420; MARGARET MOORE, *The Ethics of Nationalism*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2001.

⁶¹ FERNANDO MIRE, «Civildad. Teoría política de la modernidad», Colección *Estructuras y Procesos. Serie Filosofía*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 16; ID., *El orden del caos*, Ed. Nueva Sociedad, Caracas, 1988; ID., *Teoría política del nuevo capitalismo o el discurso de la globalización*, Ed. Nueva Sociedad, Caracas, 2000.

⁶² L. GROSS, «The Peace of Westphalia», en *American Journal of International Law*, vol. XLII, 1948, págs. 20-41.

⁶³ STEPHEN D. KRASNER, *Soberanía, hipocresía organizada*, trad. cast. de Ignacio Hierro, revisada por Rafael Grasa, del original *Sovereignty, Organized Hypocrisy* (Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1999), Colección *Paidós Estado y Sociedad*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2001, pág. 22; ID., «Global Communications and National Po-

ranía tiene de elemento idóneo a los fines de identificar «tout court» el Estado con el poder, la autoridad y el control⁶⁴ en determinados territorios, en cuyos ámbitos se excluye la posibilidad de que intervengan o interfieran actores externos en las relaciones entre gobernantes y gobernados⁶⁵. El profesor de la Universidad de Lille II Olivier Beaud, con ocasión de su análisis del amplísimo foso conceptual que separa los modos de representación del poder (*latu sensu*) vigentes en Roma —ejemplo de organización política ante-estatal y a la vez anti-estatal de cuyo lenguaje jurídico está ausente el término soberanía— y en la Europa moderna donde la soberanía expresa la idea de un poder (o potestad) de mandar que posee un Estado (poder supremo dentro de su competencia territorial, y que sólo conoce iguales fuera de ella), sostiene que la diferencia radical entre la Roma clásica y la Europa del Estado moderno se manifiesta a través de la comparación de las diferentes estructuras del poder: «Así pues, los tipos de competencias ejercidas en el interior del Estado romano varían según los dos espacios jurídicos: el poder civil impera en el seno de las *urbs*, mientras que fuera del *limes* —de la ciudad—, el poder preponderante es militar, y por tanto ejercido es un poder por los magistrados militares. En cambio, el Estado moderno integra indiferentemente a todos los individuos en

wer: Life on the Pareto Frontier», en *World Politics*, núm. 43, 1991, págs. 217-247; ID., *Structural Conflict: The Third World against Global Liberalism*, University of California Press, Berkeley (California), 1985.

⁶⁴ STEPHEN D. KRASNER, *Soberanía, hipocresía organizada*, ob. cit., ed. cit., pág. 23; F. H. HINSLEY, *Sovereignty*, Cambridge University Press, segunda edición, Cambridge, 1986, págs. 25-26 (trad. cast., *El concepto de soberanía*, Editorial Labor, Cerdanyola, 1972); ID., «Structural Causes and Regime Consequences: Regime as Intervening Variables», en ID. (compilador), *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, 1983, págs. 1 y sigs.; QUENTIN SKINNER, *The Foundation of Political Thought*, vol. II: *The Age of Reformation*, Cambridge University Press, Cambridge (UK), 1978, pág. 287; JOSEPH R. STRAYER, *On the Medieval Origins of the Modern States*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1970, págs. 108 y sigs. (hay trad. cast. de Héctor Vázquez Rial, *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno*, Editorial Ariel, Barcelona, 1981); JANICE E. THOMSON, «State Sovereignty in International Relations: Bridging the Gap between Theory and Empirical Research», en *International Studies Quarterly*, núm. 39, 1995, págs. 213-233.

⁶⁵ R. BRUBACKER, *Citizenship and Nationalhood in France and Germany*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1992; ID., «Aftermaths of Empire and the University of Peoples: Historical and Comparative Perspectives», en *Ethics and Rational Studies*, vol. XVIII, 2, 1995, págs. 189-218; H. HANUM, *Autonomy, Sovereignty and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1990; ROBERT H. JACKSON y ALAN JAMES, «The Character of Independent Statehood», en *States in a changing World*, volumen compilado por Jackson y James, Clarendon Press, Oxford, 1993, págs. 3-25; ROBERT H. JACKSON, *Quasi states: Sovereignty, International Relations and the Third World*, Cambridge University Press, New York, 1990; ALAN JAMES, «Sovereignty ground rule of gibberish?», en *Review International Studies*, vol. X, 1984, págs. 1-18.

cuanto se encuentran en su territorio. A la heterogeneidad del espacio político romano se contraponen la homogeneidad del espacio político estatal»⁶⁶.

Condición que dio lugar a una configuración de los Estados en la que éstos se definen mediante un acto de representación o práctica simbólica⁶⁷ en términos de un «dentro» y un «fuera», de tal manera que la naturaleza fundamental del Estado se componía de dos relaciones, que toman cuerpo en el contraste existente entre lo que se ha dado en denominar «mirar hacia dentro», y lo que llamaríamos «mirar hacia fuera».

El primer supuesto se vincula con las relaciones que se desarrollan entre el Estado territorial soberano por una parte, y, por otra, cubre la sociedad civil y el conjunto de las relaciones económico-sociales que se producen en el ámbito de su territorio.

El segundo supuesto tiene que ver con las relaciones que se desarrollan entre dicho Estado territorial soberano, y el amplio sistema interestatal del que a su vez forma parte⁶⁸. Dicho elemento atribuye a la modernidad política, en la condición de uno de sus rasgos caracterizadores más propios, su despliegue en medio de un entorno territorializado, con el «dominio estatal del espacio físico». El espacio físico y su distribución geopolítica participaban de la estrategia de racionalización jurídica de la modernidad,

⁶⁶ OLIVIER BEAUD, voz, «Soberanía», en PHILIPPE RAYNAUD y STÉPHANE RIALS (editores), *Diccionario Akal de Filosofía Política*, trad. cast. de Mariano Peñalver y Marie-Paule Sarazin, del original *Dictionnaire de Philosophie Politique* (Presses Universitaires de France, Paris, 1996), Ediciones Akal, SA, Tres Cantos (Madrid), 2001, págs. 736-745, la cita en págs. 737-738; ID., «La puissance de l'Etat», Col. *Léviathan*, Presses Universitaires de France, Paris, 1994; GUGLIELMO FERRERO, «Le Pouvoir, les génies invisibles de la cite», *Livre de poche Essais*, Paris, 1988; ID., *Poder: los genios invisibles de la ciudad*, trad. cast. de Eloy García López, Editorial Tecnos, Madrid, 1998; HANS KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1919; F. LESSAY, *Souveranité et légitimité chez Hobbes*, Presses Universitaires de France, Col. *Léviathan*, Paris, 1989; H. QUARITSCH, *Souveränität. Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13. Jh. bis 1806*, Duncker und Humblot, Berlin, 1986; C. TILLY, *Coertion, Capital and European States, AD 990-1992*, Basil Blackwell, Oxford, 1990; B. YACK, «The Myth of the Civic Nation», en *Critical Review*, X, 2, 1996, págs. 193-211.

⁶⁷ ANTONIO M. HESPAÑHA, «L'époque politique dans l'Ancien Régime», en separata de su contribución a los *Estudos em Homenagem aos Prof. Manuel paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz*, volumen monográfico del *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* (Coimbra), 1983, págs. 3-58.

⁶⁸ PETER J. TAYLOR y COLIN FLINT, *Geografía política. Economía-Mundo, Estado-Nación y Localidad*, trad. cast. de Adela Despuiol Ruiz Jiménez y Heriberto Cairo Carou, de la cuarta edición en lengua inglesa, *Political Geography: World-Economy, Nation-State and Locality* (Pearson Educational Limited, 2000), segunda edición en castellano corregida y aumentada, Trama Editorial, Madrid, mayo de 2002, pág. 171: «Mirar hacia dentro y mirar hacia fuera».

transfigurando el espacio en territorio nacional y estatal, en unidad nacional⁶⁹. Elemento cuya progresiva pérdida de protagonismo, con las nuevas relaciones de poder al margen de los Estados, con la emergencia de actores no estatales, y con el emergente proceso de desterritorialización (como uno de los principales desencadenantes a la vez que efecto, de la idea y de hecho de la globalización contemporánea⁷⁰), vienen anunciando desde hace años, y con cierto eco, J. A. Agnew y S. Corbridge⁷¹.

b) La personificación del Estado, en la condición de instrumento apto a los fines de representarnos al propio Estado como centro de impugación de derechos y obligaciones, y c) El desarrollo de la noción de «Estado de derecho», que se corresponde a la idea de un Estado constitucional totalmente, o al menos básicamente juridizado y despolitizado⁷², en su proceder cotidiano y que a la hora de desarrollar las tareas políticas más diversas se sirve con preferencia de instrumentos jurídicos, y se expresa no tanto en términos propios del lenguaje del poder y de la fuerza, sino de los que son característicos del lenguaje del Derecho⁷³.

Era este un marco institucional y de equilibrio de fuerzas que se había venido estimando indiscutible, al menos desde el Congreso de Viena, y que para numerosos estudiosos y observadores, merecía la consideración de vivencia insoslayable del hombre contemporáneo nordoccidental.

⁶⁹ PAUL ALLIES, *L'invention du territoire*, Grenoble, 1980; JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, «La reterritorialización contemporánea del Derecho Civil español», en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid), Nueva Epoca, tomo III, 1986, págs. 281-342.

⁷⁰ PETER J. TAYLOR y COLIN FLINT, *Geografía política. Economía-Mundo, Estado-Nación y Localidad*, trad. cast. de Adela Despujol Ruiz Jiménez y Heriberto Cairo Carou, de la cuarta edición en lengua inglesa, *Political Geography: World-Economy, Nation-State and Locality* (Pearson Educational Limited, 2000), segunda edición en castellano corregida y aumentada, Trama Editorial, Madrid, mayo de 2002, «Los Estados territoriales», Cap. IV, págs. 161-207.

⁷¹ J. A. AGNEW, *Mastering Space: Hegemony, Territory and International Political Economy*, Routledge, London, 1995; R. BEINER, «Nationalism's Challenge to Political Philosophy», en *Critical Review*, X, 2, 1996, págs. 193-211.

⁷² VICENZO MANNINO, «La Costituzione dei Romani: un 'idea sostenibile?», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* (Fundación Seminario de Derecho Romano «Ursicino Álvarez Suárez», Facultad de Derecho), vol. XIII, 2001, págs. 93-174, la cita en pág. 98; BARRY R. WEINGAST, «The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law», en *American Political Science Review*, 1997, vol. 91, págs. 245-264.

⁷³ TH. ELLWEIN, *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise. Zur Geschichte der Verfassungstaats*, Isar, München, 1954; H. GANGL, «Der deutsche Weg zum Verfassungstaat im 19. Jahrhundert. Eine Problemskizze», en E. W. Böckenforde (editor), *Probleme des Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert*, Duncker und Humblot, Berlin, 1975, págs. 25-58; G. POGGI, *Lo Stato. Natura, sviluppo, prospettive*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1992, pág. 47.

Sistema político de organización de la vida social que ha gozado de una preeminencia no discutida hasta hace bien poco. Aún cuando en el ámbito intelectual y científico no tiene cuenta las declaraciones del fallecimiento o de la conclusión del modelo que se vienen desarrollando, desde principios ya del siglo XVIII hasta nuestros días, ni las apuestas a favor del advenimiento de una nueva fase histórica (marxistas, tecnócratas, saintsimonianos, anarcolibertarios contemporáneos, teóricos de una concepción cibernética y autorreguladora del sistema político, exegetas de lo posmoderno...) ⁷⁴.

La novedad al respecto radica en que, desde un tiempo a esta parte, todas estas previsiones y profecías, que en un primer momento se desarrollaban confinadas en los reducidos ámbitos de la Academia y de la ensayística, se dirían que están encontrando una cierta confirmación práctica, una realización concreta, y alcanzando al mismo tiempo un eco y una divulgación en los mass-media absolutamente insólita, hasta el punto que se ha incorporado al gran magma de lo que comúnmente se dice, es decir, al repertorio de «les idées reçues».

En efecto, todo parece apuntar a que el modelo westfaliano está padeciendo hoy los envites de una doble crisis: hacia arriba por vía de superación, y hacia abajo por vía de fragmentación ⁷⁵, y no sólo eso, sino que se trata de un modelo que se ve progresivamente relativizado hacia el exterior y hacia el interior ⁷⁶, en lo que parece ser un continuo proceso evolutivo de permanente reajuste, con vistas a tratar de adaptarse y responder adecuadamente a los cambiantes desafíos de un contexto —que se encuentra más en transformación que nunca— formado por la economía, la

⁷⁴ ALESSANDRO CAMPI, «El realismo político ante la crisis de la estatalidad», en *Empresas políticas* (Sociedad de Estudios Políticos de la Región de Murcia), Año II, núm. 2, Primer Semestre de 2003, págs. 13-24, la cita en pág. 13.

⁷⁵ UPENDRA BAXI, «Operation Enduring Freedom: Toward a New International Law and Order?», en *Law, Social, Justice and Global Development Journal*, 2001; KARL W. DEUTSCH, *El nacionalismo y sus alternativas* (1960), trad. cast., Editorial Paidós, Buenos Aires, 1971, págs. 30-33; ID., «The Crisis of the State», en *Government and Opposition*, vol. XVI, 1981, págs. 331-343; FRANCISCO MURILLO FERROL, «La nación y el ámbito de la democracia», en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales* (Instituto de Técnicas Sociales, Madrid), núm. 26, septiembre de 1978, págs. 3-20, la cita en pág. 4; D. M. TRUBEK, Y. DEZALAY, R. BUCHANAN y JOHN R. DAVIS, «Global Restructuring and the Law: Studies of the Internalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas», en *Care Western Reserve Law Review*, vol. 14, 1994, págs. 407-498; YVES DEZALAY y BRYANT G. GARTH, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, University of Chicago Press, Chicago, 1998.

⁷⁶ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, pág. 39; ID., *El derecho dúctil*, trad. cast. de Marina Gascón Abellán, Editorial Trotta-Comunidad de Madrid, Madrid, 1995.

tecnología y la cultura, que favorece la emergencia de un nuevo entorno, ahora desterritorializado, cuyas formas políticas, militares, económicas y culturales son progresivamente transnacionales, y en cierto modo están poniendo en quiebra bastantes de las condiciones características tanto de lo que se había dado en llamar el Estado-nación⁷⁷, como del mundo moderno⁷⁸.

La paz de Westfalia (1648) marca un giro coperniano en Occidente, con la configuración de los poderes territoriales, la merma —abierta decadencia más propiamente— del poder imperial⁷⁹, y el reconocimiento de cada uno de los Estados-nación como entidades soberanas en su respectivo territorio. El primer «mapa político mundial» moderno, que configuraba un sistema interestatal se asentaba así, tal y como venimos apuntando, en un basamento territorial⁸⁰. Con el mismo se abría definitivamente una nueva página para el Derecho y el conocimiento jurídico en todas sus modalidades, configurando lo que se ha dado en denominar el orden westfaliano. Orden que garantizaba, al menos cuando tuvo su más plena vigencia, la igualdad soberana en el exterior y el predominio en el interior del «Rechtsstaat»⁸¹. Orden que a su vez se sustentaba en el ámbito ideológico en la autonomía privada (todos los órdenes de la sociedad son, al menos en principio, si no en la práctica, iguales, reconociéndoles a los individuos

⁷⁷ DAVID M. TRUBEK (n. 1935), YVES DEZALAY, RUTH BUCHANAN y JOHN R. DAVIS, «Global Restructuring and the Law: The Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas», Global Studies Research Program, *Working paper*, núm. 1, University of Wisconsin, Madison (Wisconsin), 1993; ROBERT L. NELSON (n. 1952), DAVID M. TRUBEK (n. 1935) y RAYMON L. SOLOMON, *Lawyers' ideals / Lawyers' practices: transformations in the American legal profession*, Cornell University Press, Ithaca, 1992; ORAN R. YOUNG, *International Governance. Protecting the Environment in a Stateless Society*, Cornell University Press, Ithaca-London, 1994.

⁷⁸ PETER J. TAYLOR y COLIN FLINT, «Las dos etapas en la creación de los Estados territoriales», en ID., *Geografía política. Economía-Mundo, Estado-Nación y Localidad*, ob. cit., ed. cit., trad. cit., págs. 171-172.

⁷⁹ ENRIQUE GÓMEZ ARBOLEYA, «Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna», en ID., *Estudios de la Teoría de la Sociedad y del Estado*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pág. 411.

⁸⁰ JEAN GOTTMANN, *The Significance of Territory*, University Press of Virginia, Charlottesville (Virginia), 1973, págs. 16 y sigs.; F. H. HINSLEY, *Sovereignty*, Watts, London, 1966; ID., «The rise and fall of the modern international system», en *Review of International Studies*, vol. VIII, 1982, págs. 1-8.

⁸¹ ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «Entstehung und Wandel der Rechtsstaatsbegriffs», en el volumen *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1976, págs. 68 y sigs.; ID., *Gesetz und gesetzgebende. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zu Höhe der staatsrechtlichen Positivismus* (1957), Duncker und Humblot, Berlin, 1980, págs. 126-205. NIKLAS LUHMANN (1927-1998), «Gesellschaftliche und politische Bedingungen der Rechtsstaates», en ID., *Politischer Planung*, Westdeutscher Verlag, Opladen, segunda edición, 1975, págs. 56 y sigs.

libertad para actuar dentro de los órdenes diferenciados, sin interferencia por parte del Estado o del Derecho). Orden, en definitiva, fundado sobre la base de una rigurosa separación de poderes y un sistema de distribución estricto y jerarquizado de reparto de habilitaciones y de competencias.

Circunstancia que explicaría la reiterada afirmación del internacionalista francés Georges Scelle (1884-1961) en cuya virtud la función esencial del Derecho no es otra sino la de conferir, repartir y limitar competencias; entendiendo por tales a los poderes que el Derecho confiere a los distintos integrantes de la sociedad, a fin de que puedan realizar actos de voluntad válidos, y con efectos jurídicos plenos en el medio social⁸².

En el tiempo en el que permaneció indiscutido este universo jurídico ordenado, cuya vigencia se ha puesto en cuestión recientemente —entre otras causas por la emergencia del fenómeno, en apariencia contradictorio, que Roland Robertson ha propuesto denominar «lo global»⁸³; en cuyo ámbito de experiencia la preponderancia y el protagonismo se atribuye copartitivamente a los niveles globales y locales, en detrimento de los espacios territoriales tradicionales que habían hecho posible el modelo de la Modernidad política—, el mismo encontraba sin duda importantes apoyos, y refuerzos no despreciables, en al menos tres consistentes pilares, cada uno de ellos, como es fácilmente apreciable, de naturaleza y condición en principio bien diversa: a) la representación euclidiana del espacio, b) la concepción newtoniana de la física, y c) la lógica aristotélica. Pilares que, según la lectura que propone la mayor parte de los analistas, se reforzaban mutuamente.

Tal parece que, en los últimos años, dicho universo jurídico no puede sustraerse a tomar cumplida cuenta de que se están produciendo una serie de cambios de excepcional envergadura, en congruencia con lo que parece ser el nuevo rumbo de la historia, en medio de unas circunstancias en las que el volumen de los cambios producidos es sin duda infinitamente superior a la permanencia de anteriores factores estructuradores y equilibradores⁸⁴.

⁸² GEORGES SCELLE (1884-1961), *Précis de droit de gens*, Paris, 1932-1934, vol. I, págs. 7 y sigs.; ID., «La notion d'ordre juridique», en *Revue de Droit et de la Science Politique* (Paris), abril-junio 1944, págs. 85-106.

⁸³ MIKE FEATHERSTONE, SCOTT LASH y ROLAND ROBERTSON (editores literarios), «Global Modernities» (1995), Col. *Theory, culture and society*, Sage, reimpresión, London, 1997; J. P. NETTI y ROLAND ROBERTSON, *International systems and the modernization of societies: the formation of national goals and attitudes*, Faber and Faber, London, 1968; ROLAND ROBERTSON, «Mapping the global condition: globalization as the central concept», en *Theory, Culture and Society*, vol. II, 1990, págs. 103-118.

⁸⁴ MANUEL FRAGA IRIBARNE, «Una sociedad en cambio», en ID., «Prólogo» a MANUEL FRAGA IRIBARNE, JUAN VELARDE FUERTES y SALUSTIANO DEL CAMPO URBANO (codirectores), *La España de los años 70*, volumen III: *El Estado y la política*, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1974, págs. 7-11, la cita en pág. 7.

Tan profundos han sido los cambios en curso, que han concluido por alcanzar a la propia condición humana⁸⁵ y al repertorio de comportamientos más cotidianos e irreflexivos del hombre, con el correspondiente trastorno radical de las condiciones materiales de la vida de nuestra especie. Cambios que han provocado, además, la modificación no menos radical de los sistemas de creencias, de ideas y de convicciones, y de la concepción y la práctica de la política, hasta tal punto que han determinado que se haya vuelto a hablar, otra vez más (y van...), del umbral de una nueva época. Una época en la que se supone que un nuevo paradigma desplazará al existente, o se anuncia el montaje de un sorprendente escenario que se diría (y de hecho se ha dicho, se está diciendo) que carece por completo de precedentes.

Tal propuesta se sostiene en base a la progresiva pérdida de vigencia tanto de esos tres pilares que reforzaban el modelo, como de la ingenua, pero de efectos en ocasiones devastadores, idea de progreso del Derecho y de las instituciones en un proceso lineal continuado y acumulativo.

Idea que, cargada de una innegable significación reguladora, adquiere un alcance práctico, que orienta el destino, despierta esperanzas o moviliza energías, en lo que tiene de idea, aparece cargada de carácter teórico, e incluso no carece de ambición científica, al enunciar una ley que relaciona hechos observados en la historia humana. En todo caso, y como es notorio, la idea de progreso había suministrado durante bastante tiempo uno de los más importantes principios explicativos y conductores de la historia humana⁸⁶.

El universo jurídico se habría puesto así en ebullición, en medio de todo un contexto social, cultural, productivo y tecnológico en el que las fluctuaciones están tomando un carácter exponencial, por lo que se diría que se debiera presentar completamente transformado, al haberse abierto paso y al estar en vías de consolidación en todos los ámbitos la llamada «sociedad de la información y del conocimiento»⁸⁷, en la que no deja de

⁸⁵ SERGE BROMBERGER, *En 1990*, trad. cast. de Ana Cela, del original en lengua francesa *En 1990* (Librairie Arthème Fayard, París, 1964), Colección *Hombres, hechos e ideas*, Ediciones Alfaguara, Madrid-Barcelona, abril de 1967, pág. 7.

⁸⁶ JOHN B. BURY, *The Idea of Progress. An Inquiry into its Origin and Growth*, Macmillan, London, 1920, New York, 1955 (trad. cast., *La idea de progreso*, Alianza Editorial, Madrid, 1971); J. DEVAILLE, *Essai sur l'histoire de l'idée de progrès jusqu'à la fin du XVIII^e siècle*, Paris, 1910; ROBERT NISBET, *Historia de la idea de progreso*, trad. cast. del original, *History of Idea of Progress* (New York, 1980), Gedisa, Barcelona, 1991; K. PAPAIOANNOI, *La consécration de l'histoire*, Champ Libre, Paris, 1983.

⁸⁷ CLAUDE-ALBERT COLLIARD, «Le machine et le droit privé français contemporain», en *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offerts à Georges Ripert*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1950, tomo I, págs. 115-137; L. MARTÍN FLORES, «Outsourcing y teletrabajo: consideraciones jurídico-la-

crecer la brecha tantas veces existente entre «los principios normativos superiores y las praxis efectivas inferiores»⁸⁸.

Dicha ebullición se ha proyectado, y ha tomado cuerpo, en una serie de transformaciones profundas (se habla de todo un «auténtico cambio genético») en el Estado y en el Derecho contemporáneos, en la medida en que las condiciones que ambos presentaban en el pasado se han visto sometidas a un riguroso cuestionamiento, lo que ha determinado un amplísimo debate acerca de lo que hasta hace bien poco constituyeron sus mismos fundamentos, si bien y en honor a la verdad, deberá reconocerse que continúan siendo superiores en número y alcance los cambios que se producen en la realidad en su conjunto, que las transformaciones que alcanzan al ámbito propio del Derecho, de un Derecho que tal y como nos tiene habituados siempre parece ser más remiso a las transformaciones que la propia realidad que regula⁸⁹. Bastaría con traer aquí la concepción de la sociedad en movimiento permanente, en un movimiento típicamente más rápido que el Derecho de la que nos hablara el impulsor y el animador más visible del movimiento del realismo jurídico norteamericano Karl N. Llewellyn (1893-1962) en un famoso artículo de réplica al decano Roscoe Pound (1870-1946), «Some Realism about Realism» publicado en 1931⁹⁰.

Circunstancia que ya había advertido Pellegrin Rossi en su intervención de 1837 en la «Academia de Ciencias Morales y Políticas de France», cuando constataba hasta que punto las transformaciones del mundo económico y la industrialización de la economía habían creado una discordancia entre el estado de la sociedad y las reglas codificadas: «le corps social et la loi civile ne paraissent plus exactement faits l'un pour l'autre que ce désaccordsoit chose accidentelle et passagère»⁹¹.

boraes sobre nuevos sistemas de organización del trabajo», en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo* (Editorial Civitas, Madrid), núm. LXXI, mayo-junio de 1995.

⁸⁸ LUIGI FERRAJOLI (n. 1940), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Gius-Laterza, Roma-Bari, 1990, págs. XXIII y sigs.; LETIZIA GIANFORMAGGIO (n. 1944) editora, *La ragione del garantismo: disutando con Luigi Ferrajoli*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993.

⁸⁹ FRANCISCO SERRA GIMÉNEZ, *Derecho y Política*, Ed. Arges, Madrid, enero de 1998, págs. 32-33.

⁹⁰ KARL NIEKERSON LEWELLYN, «Some Realism about Realism», en *Harvard Law Review*, 44, 1931. Vid. WILLIAM TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Neidenfeld and Nicolson, London, 1973, págs. 70-83 (reimpreso en 1985).

⁹¹ PELLEGRINO ROSSI, «Observations sur le droit civil français considéré dans son rapport avec l'état économique de la société», *Mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques, Mélanges d'économie politique, d'histoire et de philosophie*, págs. 1 y sigs. Citado en F. LAURNADE, «Le Code civil et la nécessité de sa révision», en la obra colectiva, *Libre du centenaire du Code civil*, Paris, 1904, vol. II, pág. 901: «... el cuerpo social y la ley ya no parecen hechos el uno para el otro, y nada permite anunciar que este desacuerdo sea accidental y pasajero».

Se reconoce, sin apenas matices, que la relación entre la política y la sociedad se ha modificado de un modo abrupto, que las comunicaciones, las finanzas, el mundo globalizado con capitales no visibles, girando en redes virtuales, con unos medios de comunicación que inciden de manera determinante en la política, como al parecer nunca en el pasado lo hicieron, y con unas pocas —pero fuertes en extremo— potencias soberanas que actúan sustrayéndose a todo tipo de responsabilidad jurídica interna o internacional y generan el consiguiente desorden mundial, constituyen un cúmulo de circunstancias tan alarmantes que requerirían dispusiéramos de nuevas herramientas políticas e institucionales, pero que no por eso terminan llegando, ni se llega a ver tan siquiera su estela en el horizonte⁹², salvo a título de espejismo.

De aquí que se encuentren sometidas a una abierta discusión, tanto la llamada imagen newtoniana del Estado nacional moderno, como el conocido orden internacional westfaliano⁹³.

Elementos ambos que habían configurado al unísono, y con un relativo éxito (la metáfora se impuso y se generalizó por doquier) un sistema planetario en donde el poder del soberano ocupaba la posición central del sol, con lo que se conseguía poner de relieve y hasta reforzar la imagen básica que nos había aportado Thomas Hobbes (1588-1679) mediante la representación antropomórfica de la República o del Estado («Commonwealth», «Civitas» en latín) como cuerpo social en la «Introducción» de su voluminoso, bien estructurado y con una amplia fundamentación y alcance filosófico⁹⁴ «Leviathan or the Matter, Forme, and Power of a Com-

⁹² RICARDO LAFFERRIERE, «La tercera integración», en *Revista de Occidente* (Fundación José Ortega y Gasset, Madrid), núm. 246, noviembre de 2001, págs. 128-146, la cita en pág. 128.

⁹³ STEPHEN EDELSTEIN TOULMIN (n. 1922), *Cosmopolis: The Hidden Agenda of Modernity*, The Free Press, New York, 1990 (hay edición posterior del sello editorial University of Chicago Press, Chicago, 1992); ID., *Cosmopolis: El trasfondo de la modernidad*, «Presentación» de José-Enrique Ruiz-Doménec, trad. cast. de Bernardo Moreno Carrillo, Editorial Península, Barcelona, 2001; EMILIO SUÑE LLINÁS, «Cambio social y derechos fundamentales», en ID., *La sociedad civil en la cultura postcontemporánea*, Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Ramón Carande-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1998, págs. 75-82; ID., «Líneas evolutivas de los Derechos Fundamentales en Europa: Los Derechos postmateriales», en el volumen colectivo, *XVI Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1995; W. TWINING, *Globalisation and legal theory*, Butterworths, London-Edinburgh-Dublin, 2000; HELMUT WILLKE, «Diriger la société par la droit?», en *Archives de Philosophie du Droit* (Editions Sirey, Paris), vol. XXXI, 1986, págs. 189 y sigs.; ID., «Ironie des Staates: Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft», Colección *Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1996; ID., *Supervision des Staates*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1997.

⁹⁴ V. CHAPPEL (editor), *Seventeenth-Century British Philosophers*, Garland, New York, 1992; FREDERIC CHARLES COPLESTON (n. 1907), *Historia de la filosofía*, volumen V: De

monwealth Ecclesiastically and Civil» («Leviathán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil», London, 1651), que acaso por ello se constituyó en el primer tratado sistemático de la ciencia política moderna⁹⁵.

Cada época, al igual que cada persona, podrían probablemente terminar por ser identificadas y explicadas a través las palabras fundamentales que han determinado no sólo su vocabulario de uso cotidiano, sino su propio vivir y sus prácticas, y por las palabras que acuña, e incluso hasta por aquellas palabras que deja de usar, o por los significados de uso que cambian, y cuyas transformaciones, las más de las veces, tienen sus causas, están dotadas de pleno sentido, y son susceptibles de explicación. Cada época posee una serie de conceptos-clave, que parecen sintetizar sus propias tareas y sus anhelos más característicos⁹⁶, y esta época por mucho que esté sometida a cambios, y por muy radicales que éstos puedan ser, no tiene necesariamente por qué ser diferente en este ámbito.

En los albores del siglo XXI, en una sociedad globalizada de la imagen, del conocimiento y de la información —que es, o se quiere que lo sea,

Hobbes a Hume (1959), trad. cast., Editorial Ariel, Barcelona, 1973; F. S. McNELLY, *The anatomy of Leviathan*, New York, 1968.

⁹⁵ CARL SCHMITT (1888-1985), *Der Leviathan in der Staatslehre Thomas Hobbes*, Hohenheim, Köln, 1982 (trad. cast., *El Leviathan en la Teoría del Estado de Thomas Hobbes*, Struhart & Cia, Buenos Aires, 1993); ID., *The Leviathan in the state theory of Thomas Hobbes: meaning and failure of a political symbol*, trad. al inglés de George Schwab y Erna Hilfs-tein, con «Introduction» de George Schwab, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1996; DOLF STERNBERGER (n. 1907), *Dominación y acuerdo*, trad. cast. de Jorge M. Seña, revisada por Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, del original *Herrschaft und Vereinbarung* (Shurkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986), Colección *Estudios Alemanes*, Editorial Gedisa, 1992, págs. 11 y sigs.; ID., *Drei Wurzel der Politik*, Insel Verlag, Frankfurt am Main, dos volúmenes, 1978; ID., *Fundamento y abismo del poder*, trad. cast. de Norberto Silveti Paz, Colección *Estudios Alemanes*, Editorial Sur, Buenos Aires, 1965; ID., *Ich wünschte ein Bürger zu sein: Neum Versuch über den Staat*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1967; ID., *Lebende Verfassung: Studien über Koalition und Opposition*, A. HEIN, Meisenheim am Glan, 1956; ID., «Die Stadt und das Reich in der Verfassungslehre der Marsilius von Padua», Col. *Sitzungsberichte der wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe*, Franz Steiner Verlag, Wiesbaden, 1981.

⁹⁶ KARL RAHNER, «La pregunta humana ante el misterio absoluto de Dios», en el volumen colectivo de JOSÉ LUIS PINILLOS, BENZO, J. ALFARO y KARL RAHNER, *Antropología y Teología*, Madrid, 1968, págs. 125-145, la cita en pág. 127; OLEGARIO GONZÁLEZ DE CARDEDAL, «La espera y la esperanza. Pedro Laín Entralgo», en DIEGO GRACIA, PEDRO CERREZO GALÁN, JOSÉ LUIS PINILLOS, CARLOS SECO SERRANO, IGNACIO SOLETO, ALFONSO ÁLVAREZ BOLADO, OLEGARIO GONZÁLEZ DE CARDEDAL y ANDRÉS AMORÓS, *La empresa de vivir. Estudios sobre la vida y la obra de Pedro Laín Entralgo*, Biblioteca Pedro Laín Entralgo, dirigida por Diego Gracia, Instituto de Estudios Turolenses de la Diputación Provincial de Teruel-Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, Barcelona, 2003, págs. 183-227, la cita en pág. 185.

esencialmente una sociedad ahistórica—, tanto en la ciencia como en la filosofía, parece que nos vemos compelidos a prestar cada vez una menor atención a las nociones de estabilidad y de sistema —tan apreciadas por los funcionalistas, al tiempo que tan adecuadas a los sencillos modelos mentales de nuestras cabezas, y a los modelos que guían nuestra conducta cotidiana, contruidos, se diría, en torno a suposiciones de regularidad, repetición de pautas pasadas y extrapolaciones a un futuro de cambio progresivo lento⁹⁷.

No parece improbable que, en el nuevo escenario, permanentemente modificado por los tramoyistas, nos veamos abocados más bien a atender de un modo principal a otras nociones de signo bien diverso a las que otrora arraigaron e hicieron fortuna entre nosotros. Haremos así el oportuno homenaje al momento presente, no en vano este, al igual que todos los momentos de la Historia, han venido pautados por una ofensiva de palabras, de la misma manera que todas las revoluciones fueron precedidas antes que nada por las palabras a las que siguieron con el tiempo las situaciones y los hechos revolucionarios⁹⁸. Nuevas nociones que expresan lo que sobrea abunda, a la vez que identifican lo que con su impulso desplazan, y que estarían cobrando un progresivo arraigo y un creciente papel. Palabras hoy más al uso, entre las que destacan, sin apenas disputa, las nociones de función, proceso, conflicto, acción, operatividad, adaptabilidad⁹⁹ y tantas otras que expresan situaciones y contextos semejantes.

En una sociedad política que presenta condiciones de extremada turbulencia, merced a la convivencia de dos «mundos» que además de ser profundamente diferentes entre sí, se encuentran básicamente en competencia: el mundo estatocéntrico y el mundo multicéntrico¹⁰⁰. Los Estados

⁹⁷ THOMAS HOMER-DIXON, *El vacío del ingenio. ¿Podremos resolver los problemas del futuro?*, trad. cast. de Carmen Martínez Gimeno, del original *The Ingenuity Gap* (Vintage Canada Edition, 2000), Colección *Ensayo y Pensamiento*, Editorial Espasa-Calpe, SA, Madrid, 2003, pág. 27.

⁹⁸ CH. PERROT, *Jesus*, Presses Universitaires de France, París, 1998, pág. 117.

⁹⁹ FRANÇOIS OST y MICHEL VAN DE KERCHOVE, «L'ordre international westphalien. Un modèle dépassé», en ID., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002, págs. 162-168; J. ROSENAU, *Turbulence in world politics*, Harvester, New York, 1990, págs. 20 y sigs.; J. ROSENAU y E. CZEMPIEL, *Governance without government: Order and Change in world politics*, Cambridge University Press, Cambridge (Massachusetts), 1997.

¹⁰⁰ FULVIO ATTINA, «Las teorías pluralistas», en ID., *El sistema político global. Introducción a las relaciones internacionales*, trad. cast. de Juan Trejo Álvarez, revisión técnica de Rafael Grasa, Ediciones Paidós Ibérica Editorial, Paidós SAICF, Barcelona, 2001, págs. 71-75; J. N. ROSENAU, *Turbulence in World Politics: A Theory of Change and Continuity*, Harvester-Wheatsheaf, New York, 1990; ID., *The United Nations in an turbulent World*, Lynne Rienner, Boulder, 1992.

nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas posibilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios¹⁰¹. Circunstancia a la que hay que sumar la incorporación al nuevo horizonte de toda una serie de nuevos actores, distintos de los propiamente estatales: actores financieros, movimientos no gubernamentales, elementos mediáticos, comunidades transnacionales...

Diríase además que, como nos recuerda el constitucionalista y politólogo Pedro de Vega, «nos hallamos condenados a desarrollar nuestra existencia en la esquizofrenia de dos utopías antagónicas (la utopía de la cosmopolitización y la utopía del localismo) que terminan generando dos realidades contradictorias y excluyentes: la realidad del uniformismo y la homogeneidad, propia del universalismo, y la realidad de la diferencia y la diversidad, propia del localismo y la refeudalización»¹⁰².

1.3. En 1908, hace ahora cerca de un siglo, Pierre de Tourtoulon exponía el estado de la cuestión acerca de las modalidades de relaciones que de hecho podían producirse entre el Derecho de una parte, y la vida y el cambio social de otra.

Casi cien años después bien puede decirse que las preguntas del profesor suizo conservan pleno sentido y actualidad, lo que las convierte en algunas de las interrogantes y dilemas que mayor perseverancia han tenido en nuestro ámbito, y mediante las que es posible discriminar, y así captar en mejores condiciones, qué es lo fundamental y qué es lo accesorio en tan importante debate. Como gustaba afirmar al propio Pierre de Tourtoulon, y se recoge en *Les trois justices* (*Las tres justicias*, París, 1934), «todo ha sido (ya) pensado, pero no todo ha sido ya dicho», porque del intercambio de pensamientos, de ideas y de reflexiones, surgen nuevas reflexiones que se exteriorizan constantemente en producciones filosóficas, científicas y literarias, dando lugar a un progreso constante del saber humano sobre el que siempre falta decir la última palabra¹⁰³, pese a quien crea haberla pronunciado ya.

En efecto, una vez que —tras la experiencia de los años de desarrollo capitalista al concluir la Segunda Guerra Mundial, en la que el Derecho ha

¹⁰¹ ULRICH BECK, *¿Qué es la globalización?*, trad. cast., Ed. Paidós, Barcelona, 1998, pág. 29.

¹⁰² PEDRO DE VEGA GARCÍA, *En torno a las crisis de las ideas de representación y de legitimidad en la democracia actual*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Colección *Temas de Derecho Público*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá (Colombia), 1996, pág. 10.

¹⁰³ ENRIQUE LUÑO PEÑA, «El Derecho Social», en *Revista de Derecho Público* (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid), Año VI, núm. 46, octubre de 1935, págs. 298-306, la cita en pág. 301.

sido uno de los instrumentos más socorridos de la planificación social¹⁰⁴— se ha aceptado sin especiales resistencias, que el Derecho en cuanto orden normativo realizado y hecho concreto en la experiencia humana¹⁰⁵ se presta a ser utilizado como medio con vistas a la obtención de variados objetivos o fines¹⁰⁶, que pueden haber sido intencional y conscientemente seleccionados —y por tanto, que en parte funciona como un instrumento o una técnica (se discute si neutro o no) de acción social¹⁰⁷, ya que el Derecho no es un fin en sí y por sí mismo, sino un medio social específico, o un instrumento o una técnica social específica, que monopoliza —a la vez que regula— el uso legítimo de la fuerza, y en tal condición se presta a ser

¹⁰⁴ ELIGIO RESTA, «Il diritto nella trasformazione sociale», en ELIGIO RESTA (editor), *Diritto e trasformazione sociale*, ob. cit., ed. cit., la cita en pág. 7; ID., *Conflitti sociali e giustizia*, Gius, Laterza & Figli Spa, Roma-Bari, 1977, págs. 85 y sigs.

¹⁰⁵ BERNHARD WELTE, «La concreción histórica del poder», en ID., *Esencia y recto uso del poder*, trad. cast. del Padre Jesús Aguirre del original en lengua alemana *Über das Wesen und den rechte Gebrauch des Macht* (Verlag Romdach und Co. GmbH, Freiburg im Breisgau, 1960), Colección Cuadernos Taurus, Taurus Ediciones, SA, Madrid, mayo de 1968, págs. 31-40, la cita en págs. 31-32.

¹⁰⁶ HANS Kelsen (1881-1973), *Teoría pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. cast. de la primera edición (Ed. La Bacconnière, Neuchâtel 1953, reeditada con modificaciones el año 1988), en lengua francesa (que corrió a cargo de Henri Thévenaz), de la primera edición en lengua alemana (Franz Deuticke Verlag, Wien, 1934) de *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, a cargo de Moisés Nilve, Eudeba (Editorial Universitaria de Buenos Aires), Buenos Aires, 1960, pág. 74 «la técnica específica del Derecho... puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa cuál fin social, ya que el Derecho no es un fin sino un medio»; ID., *El derecho como técnica social específica* (1941), trad. cast. de Albert Calsamiglia i Blancafort del original publicado en *The University of Chicago Law Review*, en diciembre de 1941, en HANS Kelsen, *¿Qué es justicia?*, Antología de artículos del maestro de la Teoría pura del Derecho, editados y traducidos por el propio Albert Calsamiglia, Editorial Ariel, Barcelona-Caracas-México, febrero de 1982. Vid. JUAN-RAMÓN CAPELLA HERNÁNDEZ, «Homenaje a Kelsen», en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales* (Instituto de Técnicas Sociales, Madrid), núm. 4, enero de 1974, págs. 109-116; BRUNO CELANO, «La teoría del derecho de Hans Kelsen», «Una introducción crítica», Col. *Saggi*, Società Editrice il Mulino, Bologna, 1999, págs. 26-52: *Il diritto come specifica tecnica sociale*; PIERRE HACK, *La philosophie de Kelsen. Epistémologie de la Théorie pure du droit*, Collection Genevoise, Faculté de Droit de Genève, Helbing und Lichtenhahn, Genève-Bâle-München, 2003, págs. 70-74; FRANCESCO VIOLA, «Il diritto come pratica sociale», Col. *Edizione Universitaria*, Jaca Book, Milano, 1990; ID., *Autorità e ordine del Diritto*, Edizioni G. Giappichelli, Torino, 1984.

¹⁰⁷ VINCENZO FERRARI, *Funciones del Derecho*, trad. cast. de María-José Añón Roig y Javier de Lucas Martín, del original *Funzioni del Diritto* (Gius. Laterza & Figli Spa, Roma-Bari, 1987, 1988), Colección *Universitaria*, Editorial Debate, Madrid, 1989, págs. 93-95; A. HIRVONEN (editor), *Polycentricity. The multiple scences of law*, Pluto Press, London-Sterling, 1998; N. SINGH, «The Concept of Legal Regime: Its origin, Development and Attendant Factors», en *Essays on International Law in honour of K. K. Rao*, Leyden, 1976, págs. 20 y sigs.; volumen colectivo dirigido por D. KAIRYS, *The Politics of Law: A Progressive Critique*, New York, 1998.

usado para alcanzar, como la historia nos enseña, los fines más variados¹⁰⁸ —continúa debatiéndose acerca de si el Derecho «en acción», en la experiencia— una de cuyas tareas más características es la determinación del futuro¹⁰⁹ —favorece el cambio social deliberado, o si por el contrario más bien lo obstruye, tal y como sugería el sociólogo y estadista austriaco Albert Schäffe cuando observaba la contradicción— que en la práctica las más de las ocasiones se nos presenta como difícilmente superable —entre la política (aprisionada en una esfera eminentemente dinámica e irracional) y el Derecho (que en su estructura esencial fundamental se presenta como un ente estático y racional, que trata de atrapar y controlar las fuerzas vitales que intentan expresarse e imponerse de hecho en el campo de la política).

En este terreno no faltan quienes se preguntan si el Derecho como eventual factor inductor del cambio social, es más eficaz cuando se proyecta sobre aquellas áreas de comportamiento que se encuentran más cargadas de significado —por ejemplo, en el ámbito del comportamiento instrumental; esto es, del comportamiento que no es un fin en sí mismo, sino un medio para algo que excede la mera práctica de esa conducta, comportamiento que en todo caso y en congruencia, manifiesta y exige un nivel bajo de compromiso personal— que cuando lo hace sobre otras áreas de comportamiento que están dotadas de una menor carga de significado —como pueden ser el conjunto de las actividades de tipo expresivo, que se encuentran firmemente asentadas en la vida cotidiana; esto es, aquellas actividades cuya finalidad se materializa en la realización del propio comportamiento¹¹⁰—.

¹⁰⁸ NORBERTO BOBBIO, «Estructura y función en la Teoría del Derecho de Kelsen», en ID., *Contribución a la Teoría del Derecho*, edición a cargo de ALFONSO RUIZ MIGUEL en Colección *El Derecho y el Estado*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, págs. 241-261, la cita en pág. 258.

¹⁰⁹ HELMUT SCHELSKY, «Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie», en el volumen colectivo dirigido por RÜDIGER LAUTMANN, WERNER MAIHOFFER (n. 1927) y HELMUT SCHELSKY, «Die Funktion des Rechts in den modernen Gesellschaft», en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (Bertelsmann, Bielefeld), volumen I, 1970, págs. 37-89, la cita en pág. 73; ID., *El hombre en la civilización científica y otros ensayos*, Selección y versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Colección *Estudios Alemanes*, Editorial Sur, Buenos Aires, 1967.

¹¹⁰ WILLIAM J. CHAMBLISS, «Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions», en *Wisconsin Law Review*, 1967, págs. 703 y sigs.; ID. y THOMAS E. RYTHER, *Sociology: the Discipline and its Direction*, McGraw Hill, New York, 1975; EMILIO LAMO DE ESPINOSA (n. 1946), «Los delitos sin víctima o contra la moral pública», en ID., *Delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral*, Colección *Alianza Universidad. Ciencias Sociales*, Alianza Editorial, Madrid, 1989, Capítulo I, págs. 13-90, en particular págs. 48, 49 y sigs. (hay reimpresión en la misma editorial, del año 1993); ID., «Sobre el orden social y jurídico en el funcionalismo sociológico», en *Anuario de Sociología y Psicología Jurídica* (Co-

Con no menos radicalidad se discute y polemiza, desde tiempo inmemorial, acerca de si la actitud del jurista en el ámbito de la experiencia es básicamente conservadora, o, si por el contrario, sería más bien básicamente progresista. En la práctica apenas si hay quienes ofrezcan una tercera vía, u opten por una fórmula ecléctica. De nuevo, para bien o para mal, «tertium non datur».

En este sentido se ha querido ver en el hecho de que al Derecho le sea consustancial un cierto formalismo (por lo que todos los valores jurídicos tienden a formalizarse), condición y supuesto indispensable para la propia existencia del Derecho¹¹¹, en la aparentemente generalizada asunción del estilo formalista por parte de un número no pequeño de los distintos operadores jurídicos, con independencia del ámbito en que desarrollen su actividad, y en congruencia con la relevancia que en la realidad jurídica¹¹² tiene la forma en su condición de «procedimiento técnico indispensable en alguna medida a toda jurisprudencia»¹¹³, una confirmación de la primera de las adscripciones, así como una prueba, dotada de cierta contundencia, y valor persuasivo, del talante supuestamente conservador que, no sin un punto de abuso, comúnmente se atribuye a la generalidad de los profesionales del Derecho¹¹⁴, y hasta se predica como característica del saber jurí-

legio de Abogados de Barcelona), 1974 (hay edición en separata); ID. y JULIO CARAYANA, «Vicios privados y virtudes públicas», en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales* (Instituto de Técnicas Sociales, Madrid), núm. 53, marzo de 1983, págs. 3-28; RÜDIGER LAUTMANN, *Sociología y jurisprudencia*, trad. cast. de Ernesto Garzón Valdés del original *Sociologie vor des Toren der Jurisprudenz* (W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1971), Colección *Estudios Alemanes*, Editorial Sur, Buenos Aires, 1974; ID., «Planung, Vertung, Wissenschaft», en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, CXXVI, 1970, págs. 683-705; AVROM SHERR y DANIEL SUGARMAN (editores), «Globalisation and Legal Education», volumen monográfico de la revista *International Journal of the Legal Profession*, 2002.

¹¹¹ LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, «Prólogo» a *Socialización administración y desarrollo*, ob. cit., ed. cit., págs. VII-XVIII, la cita en pág. XVI.

¹¹² MANUEL ANDRINO HERNÁNDEZ, «El sello notarial», Separata de la *Revista Jurídica del Notariado* (Madrid), núm. 44, octubre-diciembre de 2002, pág. 9-126, la cita en pág. 11.

¹¹³ FRANÇOIS GÉNY (1861-1959), *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, volumen III: «Elaboration technique du droit positif», Ed. Sirey Paris, 1921, pág. 97; DUNCAN KENNEDY, «Legal Formality», en *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973, págs. 351 y sigs.; ID., «Form and Substance Private Law Adjudication», en *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976, págs. 1685 y sigs.; J. MAYDA, *François Génys and modern Jurisprudence*, London, 1978; V. PETRUCCI, *François Génys, l'irreductible diritto naturale*, Napoli, 1995; A. TANZI, *François Génys tra scienza giurisprudenza*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1990; ANDREAS ZIELKE, «Zur Rationalität des modernen Rechts», en *Rechtstheorie: Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*, vol. 11, 1980, págs. 85 y sigs.

¹¹⁴ MICHAEL BURRAGE, «From a gentleman's to a public profession: status and politics in the history of English solicitors», en *International Journal of the Legal Profession*, vol. III, 1996, págs. 454 y sigs.; FRIEDRICH-AUGUST VON HAYEK (1899-1992), *Derecho, Legislación*

dico que Immanuel Kant (1724-1808) designaba como «ciencia empírica del derecho»¹¹⁵ (saber colectivo con vocación de aplicación práctica, ejercido por muy distintas ocupaciones y oficios, que se esfuerzan por conocer el Derecho, y que constituyen de modo no necesariamente deliberado a la manera de lo que bien pudiera denominarse un grupo social, un orden, una casta¹¹⁶ y una comunidad de conocimiento, la de los juristas¹¹⁷, en la que la lógica propia de su ocupación tendría de más específico la actividad de formalización¹¹⁸, y en la que las reglas que se aplican en esa téc-

y *Libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Volumen I: «Normas y Orden», trad. cast. del original *Law, Legislation and Liberty*, Volumen I: «Rules and Order» (The University of Chicago Press-Routledge and Kegan Paul Limited, Chicago-London, 1973), Unión Editorial, Madrid, 1978 (hay segunda edición, 1985 y tercera edición, 1994), pág. 108; JÜRGEN HABERMAS (n. 1929), «El filósofo como verdadero maestro del Derecho», en ID., *La necesidad de revisión de la izquierda*, trad. cast. e «Introducción» de Manuel Jiménez Redondo, Colección *Cuadernos de Filosofía y Ensayo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, págs. 80 y sigs.; ANGEL ZARAGOZA, *Los abogados y la sociedad industrial*, Ediciones Península, Barcelona, 1982.

¹¹⁵ IMMANUEL KANT (1724-1804), *Métaphysique des moeurs. Première Partie: «Doctrine du droit»* (1797), trad. francesa de Alexis Philonenko del original, *Die Metaphysik der Sitten* (Koenigsberg, 1797), vol. I, «Einleitung in die Rechtslehre», Librairie J. Vrin, Paris, 1986, pág. 104.

¹¹⁶ HANS MAGNUS ENZENSBERGER (n. 1929), «Elementos para una teoría de los medios de comunicación», Colección *Cuadernos Anagrama. Serie Documentos*, trad. cast. de Michael Faber-Kaiser, del original *Baukasten zur Theorie der Medien* (Kursbuch, 1971), Editorial Anagrama, 1974, pág. 62.

¹¹⁷ CHRISTIAN ATTIAS, *Science des légistes, savoir des juristes*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1991; ID., *Epistemologie juridique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1985; ID., *Théorie contre arbitraire. Eléments pour une théorie des théories juridiques*, Presses Universitaires de France, Paris, 1987 (trad. cast., *Contra arbitrariedad teoría*, Edersa, Madrid, 1988); ID., *Philosophie du droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 1999; EUGEN BÜSS, «Das Rechtssystem in komplexen Gesellschaften», en *Rechtstheorie*, 1982, vol. 13, págs. 114 y sigs.; TERENCE C. HALLYDAY, «The Politics of Lawyers. An Emerging Agenda», en *Law and Social Inquiry*, vol. XXIV, 1999, págs. 1007-1011; W. HIRSCH, *Das Rechts und die sozialen Gruppen. Versuch einer Rechtssoziologie auf den Grundlage empirischer Philosophie*, G. Eisermann, Stuttgart, 1983; GEORGES KALINOWSKI, *Querelle de la science normative. Une contribution à la théorie de la science*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969; ALAIN RENAUT y LUCAS SOSOE, *Philosophie du droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 1991; VITTORIO VILLA, *La science du droit*, trad. francesa, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1991.

¹¹⁸ PIERRE BOURDIEU, «La fuerza de la forma», en ID., *Elementos para una sociología del campo jurídico*, págs. 153-220, del volumen de PIERRE BOURDIEU y GUNTHER TEUBNER, *La fuerza del Derecho*, trad. cast. y «Estudio Preliminar» de Carlos Morales de Setién Ravim, Siglo del Hombre Editores-Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes-Ediciones Uniandes-Instituto Pensas, Santafé de Bogotá (Colombia), primera reimpresión, 2002, la cita en pág. 203; ID., «Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective», en FRANÇOIS CHAZEL y JEAN COMMAILLE (directores), *Normes juridiques et régulation sociale*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1991; ID., «La force du droit. Elements pour

nica específica están dotadas de un poder normativo para el cual no existe, las más de las veces, ningún fundamento racional.

Rasgos conservadores, cuyo enraizamiento y presencia continuada denuncian bastantes estudiosos de la metodología y de la epistemología jurídica, en la propia estructura conformadora del pensamiento —ya en 1900 el teórico francés del sindicalismo revolucionario Georges Sorel (1847-1922) pontificaba: «El hombre que se había penetrado por el espíritu jurídico deja de ser revolucionario»¹¹⁹—, de la argumentación y del conocimiento jurídico, en consonancia con el alto grado de especialización social a que da lugar, y hasta en la pretensión de permanencia, estabilidad y durabilidad que en la cultura jurídica europea tienen la Ley y muchas otras instancias jurídicas concebidas «sub specie aeternitatis»¹²⁰. Elementos característicos que, en más de una circunstancia, determinarían, según esta interpretación, una notable predisposición por parte de los juristas y los profesionales del derecho¹²¹ a concebir su objeto de estudio como un cuerpo (se llega a hablar de un auténtico y propio sistema) de conceptos perennes y autónomos, abstraídos de las vicisitudes históricas, y susceptibles de ser aprehendidos a través de una actividad puramente lógica¹²².

De tal manera que en el sistema de conceptos jurídicos, y hasta en el propio Derecho, de ordinario se identifica por los críticos, la presencia de una estabilidad y de una continuidad que, en principio, resulta ser bastante superior a cualesquiera de las que pudieran existir en la mayor parte de las restantes facetas del pensamiento y de las prácticas científicas y cul-

une sociologie du champ juridique», en *Actes de la recherche sociologique*, vol. LXIV, 1986; ID., «Habitats, code et codification», en *Actes de la recherche sociologique*, vol. LXIV, 1986; ID., «Droit et passe-droit. Le champ des pouvoirs territoriaux et la mise en oeuvre des règlements», en *Actes de la recherche sociologique*, vol. LXXXI, 2, 1990.

¹¹⁹ EDMOND BERTRAND, «De l'ordre économique à l'ordre collectif», en *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle...*, ob. cit., ed. cit., tomo I, «Études Générales. Droit de famille», págs. 160-189, la cita en pág. 164; CHARLES BEUDANT, *Le droit individuel et l'État*, tercera edición, Paris, 1920; GEORGES RIPERT (1880-1959), *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1947, pág. 50; GEORGES SOREL, «Les aspects juridiques du socialisme», en *La Revue socialiste*, 1900, págs. 385 y sigs.

¹²⁰ PH. NONET y PH. SELZNICK, *Law and society in transition*, Harper, New York, 1978; GUNTHER TEUBNER (editor), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter, Berlin, 1986; ID., *Juridification of social Spheres*, Walter de Gruyter, Berlin, 1987.

¹²¹ EDGAR BODENHEIMER, «The inherent conservatism on the legal profession», en *Indiana Law Journal*, vol. XXIII, núm. 3, abril de 1948, págs. 221-235.

¹²² RAFAEL ALTAMIRA Y CREVEA, *La formación del jurista*, «Estudio Preliminar», edición y Notas de Jaime del Arenal Fenochio, Escuela Libre de Derecho, México, 1993; ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUNO (n. 1944), «La filosofía del derecho y la formación de los juristas», en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales* (Instituto de Técnicas Sociales, Madrid), núm. 49, julio de 1982, págs. 89-108, la cita en pág. 91.

turales humanas¹²³, y que permite apuntar como explicación a una especie de neofobia que obstaculiza el surgimiento o la acogida de la novedad¹²⁴.

No en vano la noción de orden social como movimiento lento y uniforme de un conjunto ordenado¹²⁵, se dice que evoca «naturaliter» la idea de Derecho¹²⁶. Del mismo modo, el orden que se incardina en las instituciones y en la acción jurisdiccional procura un punto de equilibrio¹²⁷ y favorece una percepción o una sensación de previsibilidad¹²⁸ y de estabilidad, al menos relativa¹²⁹. Estabilidad de la que en alguna medida precisan,

¹²³ EUGENIO DI CARLO (1882-1969), «La sociología jurídica», en *Idea*, 1958, núm. 4, págs. 237-239; LOUIS HALPHERIN (editor), «Advocats et Notaires en Europe: Les Professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine», en *Droit et Société* (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1996, vol. XIX; ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Juristas españoles de nuestro tiempo*, Organización Sala Editorial, Madrid, 1973, pág. 14; ID., *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, Madrid, 1981; ID., *Problemas epistemológicos de la Ciencia Jurídica*, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, 1981; DIETRICH RUESCHEMEYER, *Lawyers and their Society: A Comparative Study in the Legal Profession in Germany and the United States*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1973; HANNES SIEGRIST, *Advokat, Bürger und Staat: Sozialgeschichte der Rechtsanwälte in Deutschland, Italien und der Schweiz (18-20 Jahrhundert)*, dos volúmenes, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1996.

¹²⁴ WERNER GOLDSCHMIDT, «Quehaceres auténticamente históricos», en ID., *Justicia y Verdad. Derecho y Filosofía*, La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresión, Buenos Aires, julio de 1978, págs. 14-20, la cita en págs. 18-19; ALFRED VIERKANDT, «Die Gründe für die Erhaltung der Kultur», en *Festschrift für Wilhelm Wundt*, tomo II, 1902, págs. 407 y sigs.

¹²⁵ MAURICE HAURIU (1856-1929), *Précis de droit constitutionnel* (1923), Librairie du Recueil Sirey, segunda edición, Ed. Sirey, Paris, 1929, págs. 7-8 y 62.

¹²⁶ LUIS LEGAZ Y LACAMBRA (1906-1980), «Les fonctions du Droit», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Wiesbaden), separata núm. VIII, 1973, págs. 1-13; R. SCHOTT, «Die Funktionem des Rechts in Primitiven Gesellschaft», en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie* (De Gruyter, Berlin), 1957, págs. 121 y sigs. (hay tercera edición, 1976).

¹²⁷ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y MARTÍNEZ CARANDE, «Reflexiones sobre los estudios de Derecho», en *Revista de Educación* (Ministerio de Educación Nacional, Madrid), 1952, vol. V; W. WESLEY, «Cultural Projects and Structural Transformations in the Canada Legal Professions», en W. WESLEY y DAVID SUGARMAN (editores), *Lawyers and Vampires. Cultural Histories of Legal Professions*, Hart Publishing, Oxford-Portland (Oregon), 2003, págs. 367-399.

¹²⁸ MAX WEBER (1864-1920), *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. cast. de Luis Legaz y Lacambra (1906-1980), del original, *Die protestantischen Ethik und der Geist des Kapitalismus* (dos volúmenes, 1906), Ediciones Península, Barcelona, 1961, pág. 16 (la trad. de Luis Legaz se publicó con anterioridad por la Editorial Revista de Derecho Privado de Madrid el año 1955).

¹²⁹ PIERRE HÉBRAUD, «La notion de temps dans l'oeuvre du Doyen Maurice Hauriou», en el volumen colectivo *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence, Journées Hauriou*, celebradas en la Universidad de Toulouse el mes de marzo de 1968, Editions A. Pédone, Col. *Philosophie comparée du Droit et de l'Etat*, Librairie de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats, Paris, 1969, págs. 179-209, la cita en pág. 192; LUCIEN SFEZ, *Essai*

y a la que de alguna forma aspiran o tienden todas las sociedades, y a las que el orden jurídico suministra un factor formalizador.

Cuanto más elevada sea la coincidencia existente entre las conductas practicadas de hecho por los destinatarios de las reglas jurídicas, y los mandatos y previsiones contenidas en estas, mayor será el nivel o el grado de su institucionalización, esto es, del ajuste de los comportamientos efectivamente practicados con el conjunto de los principios, normas y reglas que constituyen las estructuras institucionales, y con gran probabilidad, mayor será también la persistencia de esos principios, normas o reglas, que verán así prolongada su vigencia a lo largo del tiempo, reforzando su mantenimiento, y haciendo que haya una mayor posibilidad de permanencia (resistencia a veces) de las reglas, frente a las condiciones de hecho, que siempre son natural e inevitablemente cambiantes¹³⁰.

En este sentido habrá que recordar que el jurista francés Maurice Hauriou (1856-1929) al que se identifica sin disputa como «el decano de Toulouse» (lo fue de su Facultad de Derecho, desde el primero de noviembre de 1906 hasta el treinta y uno de agosto de 1926, momento en el que se produce su jubilación administrativa), al abordar los fines del Derecho, no duda en atribuir la relevancia que él y como él todos los institucionalistas —y especialmente quienes procedieron a combinar elementos proudhonianos y bersognianos (especialmente el concepto de la «durée») con principios del iusnaturalismo cristiano¹³¹— consideran debida a la necesidad de seguridad y estabilidad, al menos relativa, que se siente y demanda en el conjunto de la sociedad, y de un modo más acentuado en el ámbito de la experiencia jurídica.

Convicción que le lleva a proponer en la segunda edición de su *Précis de droit constitutionnel*¹³² (*Compendio de Derecho constitucional*) un complemento a la definición romana clásica del conocimiento jurídico que lo presentaba en la fórmula de Celso recogida por Ulpiano como «ars boni et

sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, Paris, 1966, con «Préface» de Jean Rivero y «Avant propos» de André Hauriou.

¹³⁰ STEPHEN D. KRASNER, *Soberanía, hipocresía organizada*, ob. cit., trad. cit., ed. cit., pág. 86; DOUGLASS C. NORTH y BARRY R. WEINGART, «Constitutions and Commitment: the Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England», en *Journal of Economic History*, 1989, vol. 49, págs. 803 y sigs.

¹³¹ PABLO LUCAS VERDÚ, «La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend», en *Colección Ventana Abierta*, Editorial Tecnos, SA, Madrid, 1987, págs. 76 y 82.

¹³² MAURICE HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Librairie de Recueil Sirey, Sirey, Paris, 1923; ID., *Précis de Droit constitutionnel*, segunda edición, Librairie du Recueil Sirey, Sirey, Paris, 1929, pág. 61.

aequi» («arte de lo bueno y lo justo», D.1, 1, 1pr., Ulp 1 inst)¹³³ a la que añade, en lo que constituye sin duda un hallazgo verbal feliz, más en lo que es pródiga su brillante obra el atributo de «ars stabilis et securi»¹³⁴. Evidentemente, o al menos tratando de hacerlo, la inseguridad e incertidumbre en un campo que tanto ha menester de la parsimonia¹³⁵.

No en vano, la propia concepción de la figura «servicio público» en la obra de Maurice Hauriou, «el Bergson de las doctrinas jurídicas»¹³⁶ refuerza la referencia a estos valores de estabilidad y seguridad tan preciados por el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toulouse, al definir al servicio público como «una organización pública de poderes, competencias y costumbres que asume la función de prestar al público, de una manera regular y constante, un servicio determinado con un pensamiento de policía, en el sentido elevado del término...», en el entendimiento de que los servicios públicos no tienen como objeto propio la creación de riqueza económica sino de orden y utilidad públicas, «puesto que

¹³³ JUAN IGLESIAS REDONDO, «Repertorio bilingüe de definiciones, reglas y máximas jurídicas romanas», Colección *Marginalia*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pág. 72; JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, «Derecho y filosofía. A propósito de un inciso del primer texto del Digesto», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Madrid), núm. XXV, 1995, págs. 213-226.

¹³⁴ M. BOURQUIN, «Stabilité et mouvement dans l'ordre juridique international», en *Recueil des Cours de l'Académie du Droit International*, tomo LXIV, 1938, II, págs. 347-375; MICHEL BASTIT, *La naissance de la loi moderne: la pensée de la loi de Saint Thomas à Suárez*, Presses Universitaires de France, Paris, 1990; M.-C. BELLEAU, «Les juristes inquiets. Classicisme juridique et critique du droit au début du XX^e siècle en France», en *Les cahiers du droit*, 1999, págs. 507-544; ALFRED DUFOUR, «La conception de la personnalité dans la pensée de Maurice Hauriou et ses fondements philosophiques», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico* (Dott. A. Giuffrè Editore, Milano), 1982, 1983, págs. 685-719; C. B. GRAY, «A Forgotten Link in Legal Sociology. Influences by and upon Maurice Hauriou», en *Rechtstheorie*, 1984, págs. 256-267; MAURICE HAURIOU (1856-1929), «La histoire externe du droit», en *Revue critique de législation et de jurisprudence* (Paris), 1884; ID., «Les facultés de droit et la sociologie», en *Revue Générale de droit* (Paris), 1893; ID., «La crise de la science sociale» en *Revue du Droit Public et de la Science Politique* (Paris), 1894, págs. 294-321; ID., *La science sociale traditionnelle*, Larose, Paris, 1896; ID., «L'Institution et le droit statutaire», en *Recueil de législation de Toulouse*, 1906, págs. 134-182; ID., «Le point de vue de l'ordre et de l'équilibre», en *Recueil de législation de Toulouse*, 1909; ID., «La théorie de l'institution et de la fondation», en *Cahiers de la nouvelle journée*, vol. IV, 1925, págs. 1-5; ID., «Le droit naturel et l'Allemagne», en *Le correspondant*, 1918; ID., «L'ordre social, la justice et le droit», en *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1927, págs. 795-825; ID., «Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes», en *Revue de Métaphysique et de Morale* (Paris), 1928, págs. 193-206.

¹³⁵ JUAN IGLESIAS SANTOS (1917-2003), *Iter Iuris. Escritos histórico-jurídicos*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, Madrid-Barcelona, 2002, pág. 98.

¹³⁶ LÉON DUGUIT (1859-1928), *Traité de Droit constitutionnel*, Paris, 1927, vol. I, pág. 25; ANDRÉ DE LAUBADÈRE, «Le Doyen Maurice Hauriou et Léon Duguit», en *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, ob. cit., ed. cit., págs. 209-228.

la riqueza no es una necesidad pública, sino por el contrario, una necesidad privada»¹³⁷.

El volumen colectivo *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, en el que se recogen las actas de las «Journées Hauriou» celebradas en la Universidad de Toulouse en marzo de 1968, documenta el proceso de formación de la teoría de la institución en el Decano por antonomasia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toulouse (lo fue entre el primero de noviembre de 1906 y el treinta y uno de agosto de 1926, momento en el que se produce su jubilación administrativa), y constituye una pieza indispensable para la correcta interpretación del pensamiento del autor francés, que tuvo en el Rector de la Universidad de Santiago (1939-1942), fundador del Instituto de Estudios de Administración Local (1940) y Catedrático de Derecho Político de nuestra Facultad (1942-1966), Carlos Ruiz del Castillo y Catalán de Ocón (1896-1984), el discípulo más relevante entre los numerosos profesores españoles que se formaron en el magisterio¹³⁸ de quien se autodenominó, frente a quienes con Jean Bonnet se presentaban como una nueva manifestación del romanticismo jurídico, «positivista católico» en concordancia con oposición y rechazo al «positivismo comtiano» de sus orígenes¹³⁹.

¹³⁷ CORRAIN, *La crise de la notion juridique de service publique*, Paris, 1954; MAURICE HAURIU, *Precis de Droit Administratif et de Droit Public*, Paris, decimosegunda edición, 1993, págs. 64 y 66; ID., *Etude sur le droit administratif français*, Paul Dupont, Paris, 1897 (separata del «Répertoire du droit administratif» de Bequet-Laférierre); MORANGE, *La crise de la notion juridique de service publique*, Recueil Dalloz, Paris, 1947; JEAN RIVERO, «Hauriou et l'avènement de la notion de service public», en *Mélanges Achille Mestre, L'évolution du Droit Public*, 1956, págs. 461 y sigs.; CARLOS RUIZ DEL CASTILLO Y CATALÁN DE OCÓN, «Un schéma de la doctrine personnaliste de l'Etat selon la méthode juridique-psychologique d'Hauriou», en *Mélanges Hauriou*, Editions Sirey, Paris, 1929, págs. 159 y sigs.; MARCEL WALINE, «Les idées maîtresses de deux grands publicistes français: Léon Duguit et Maurice Hauriou», en *L'année politique* (Paris), mars. de 1926, págs. 55 y sigs.

¹³⁸ MARÍA ELENA REBATO PEÑO, «Carlos Ruiz del Castillo Catalán de Ocón (1896-1984)», en *Parlamento y Constitución* (coeditado por las Cortes de Castilla-La Mancha y la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo), año 2000, núm. 4, págs. 345-348; CARLOS RUIZ DEL CASTILLO Y CATALÁN DE OCÓN, *Manual de Derecho Político*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1939, págs. 54 y sigs.; ID., «Lo vivo y lo muerto en la idea liberal», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (Madrid), 1947; ID., «La autoridad. Sus fundamentos e implicaciones», en *Comentarios a la Pacem in terris*, Editorial Católica, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, segunda edición, 1963, págs. 237-257; ID., «Estudio preliminar» a la trad. cast. de Maurice Hauriou, *Principios de Derecho público y constitucional*, segunda edición, Madrid, 1927, págs. XXVI y sigs.

¹³⁹ MAURICE HAURIU, *Principes de droit public*, segunda edición, Larousse y Tenin, Paris, 1916, pág. XXIV: «Entiendo adecuado que se me catalogue como un positivista comtiano convertido en positivista católico, es decir, como un positivista que va a utilizar el contenido social, moral y jurídico del dogma católico». CARLOS RUIZ DEL CASTILLO Y CATALÁN DE OCÓN, *recensión a SALVADOR LISSARRAGUE, «El Poder político y la Sociedad»*

1.4. No cabe la menor duda y constituye un hecho continuamente constatable, que la mejor doctrina generada por la teoría, la dogmática, la filosofía y la sociología jurídica siempre ha estado radicalmente dividida a la hora de determinar si el Derecho, en el conjunto de sus manifestaciones y elementos constitutivos —esto es, las instituciones, los hechos, las relaciones, las situaciones, los valores, los principios, las normas y los procedimientos jurídicos— se configura como un factor especialmente renuente o refractario del progreso y las transformaciones sociales —al identificarse de ordinario con, y a la vez reforzar, el mantenimiento de un determinado «status quo» y oponerse a las transformaciones de lo existente—, o si más bien, por el contrario, nos ofrece a la manera de un arte, una técnica o un instrumento que actúa de forma preferente a título de eficaz promotor o propiciador de cambios y transformaciones sociales¹⁴⁰, con vistas a la cons-

(Instituto de Estudios Políticos, Madrid, MCMXLIV), en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), volumen IX, año IV, núm.18, 1994, págs. 728-734, la cita en pág. 733.

¹⁴⁰ U. BAXI, «Comment Durkheim and Legal Evolution; Some Problems of Disproof», en *Law and Society Review*, vol. VIII, 1974, págs. 645-651; ROGER COTERRELL, *El Derecho como instrumento del cambio social*, Capítulo II de ID., «Introducción a la Sociología del derecho», trad. cast. de Carlos Pérez Ruiz del original *Sociology of Law: An Introduction* (Butterworths & Co. Publishers Limited, London, 1984), Editorial Ariel, Barcelona, abril de 1991, págs. 53-69; WILLIAM M. EVAN, «Macrosociology, Sociology of Law and Legal Indicators», en UBERTO SCARPELLI y VINCENZO TOMEO, *Società, norme e valori. Studi in onore di Renato Treves*, Università degli Studi di Milano-Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, págs. 23-59; ID. (editor), «Law and Sociology: Exploratory essays», conjunto de ponencias presentadas en el Seminario organizado el año 1956 en *The Rutgers University Law School* (Newark, New Jersey), The Free Press Glencoe (Illinois), New York, 1962 (hay edición de 1980); ID., «Law and the emergence of formal organisation», en *Sociology and Social Research*, 1964, 48, 3; ID., «Law as an Instrument of Social Change», en ALVIN WARD GOULDNER (n. 1920) y S. M. MILLER (editors), *Applied Sociology: Opportunities and Problems*, New York, 1965, págs. 285-293; ID., «Il diritto come meccanismo di integrazione sociale», en A. GIASANTI y POCAR (editores), *La teoria funzionale del diritto*, Milano, 1981, págs. 121-123; J. G. AMA-MOO, *The New Ghana. The Birth of a Nation*, Pan Books, London, 1958; W. B. HARVEY, *Law and Social Change in Ghana*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1966. Vid. al respecto, DAVID A. APTER (n. 1924), *Ghana in Transition*, ed. revisada, New York, 1963; ID., *The Gold Coast in Transition*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1955; ID., *The Politics of Modernization*, Chicago, 1965; HENRY BRETTON, *The Rise and Fall of Kwame Nkrumah*, New York, 1966; DAVID E. BRUKENSH, *Social Change at Larteh, Ghana*, Oxford University Press, London, 1966; B. FITCH y M. OPPENHEIMER, «Ghana. End of An Illusion», en *Monthly Review*, vol. XVIII, núm. 3, julio-agosto de 1966; A. ST. HANNIGAN, «The Imposition of Western Law Forms upon Primitive Societies», en *Comparative Studies in Society and History*, volumen IV, núm. 1, noviembre de 1961, págs. 1-9; KWAME NKURUMAH (1909-1972), *Un líder y un pueblo*, trad. cast. de Enrique González Pedrero, del original *The Autobiography of Kwame Nkrumah* (Thomas Nelson and Sons Ltd., Edinburgh, 1957), Colección Popular. *Tiempo Presente*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, mayo de 1962; K. H. PFEFFER, *Ghana*, V. K. Schroeder, Bonn, 1958; L. RUBIN y P. MURRAY, *The Constitution and Government of Ghana*, Sweet and Maxwell, London, 1961.

trucción de una organización social que responda a un determinado modelo y refleja decisiones autónomas y racionales¹⁴¹.

Ya sean transformaciones que generan a) simples cambios en la estructura social, o, lo que es lo mismo, cambios que tienen el alcance de meros reajustes del equilibrio de las estructuras sociales, cambios que dimanen del propio funcionamiento de la organización social, sin que por ello modifiquen de una manera determinante la propia estructura social; o bien ya sean, por el contrario; b) cambios de la estructura social o «cambios de tipo», que producen una modificación de amplio alcance en el conjunto de la organización social o en algunos de sus componentes más significativos¹⁴², y que en ningún caso se pueden considerar el resultado de «un simple efecto acumulativo» de una larga serie de cambios pequeños en constante actualización; por lo tanto, estos últimos cambios que tienen el efecto de producir transformaciones significativas en las condiciones de vida de los grupos humanos, en su estructura, así como en su morfología más propia y en sus sistemas valorativos¹⁴³.

A este respecto convendría volver de nuevo al tan breve en extensión como importante texto del maestro complutense del Derecho administrativo, y el Derecho todo, sin adjetivos, Eduardo García de Enterría

¹⁴¹ VALERIO POCAR, «Il diritto come strumento di trasformazione sociale nel pensiero di Karl Rehner», en UBERTO SCARPELLI y VICENZO TOMEIO (editores), *Società, norme e valori, Studi in onore di Renato Treves*, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1984; KARL RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihrer soziale Funktion. Ein Beitrag zur Kritik der bürgerlichen Rechts*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1929 (segunda edición, Fischer Verlag, Stuttgart, 1965).

¹⁴² ALEXANDER BIRD, *Thomas Samuel Kuhn*, trad. cast., Colección *Filosofía y Ensayo*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003; ROBERT NISBET, THOMAS SAMUEL KUHN (1922-1996), LYNN WHITE et alii, *Cambio social*, trad. cast. de Leopoldo Lovelace, revisada por Néstor Miguez, Colección *Alianza Universidad*, Alianza Editorial, Madrid, 1979, pág. 34 (hay reimpresiones de 1988 y 1993); THOMAS NICKLES (editor), *Thomas Samuel Kuhn*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003; ROBERT NISBET, *Conservadurismo*, trad. cast. de Diana Golberg Mayo, revisada por José-Antonio Pérez Alvajar, del original, *Conservatism: Dream and Reality*, Colección *Concepts in the Social Sciences*, Open University Press, Milton Keynes, 1986), Colección *El libro de bolsillo. Sección de humanidades*, Alianza Editorial, Madrid, 1965; ID., *Historia de la idea de progreso*, trad. cast. del original, *History of the Idea of Progress* (Basic Books, New York, 1980), Colección *Hombre y Sociedad. Meditaciones*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1981; P. SZTOMPKA, *Sociología del cambio social*, trad. cast., Alianza Editorial, Madrid, 1995; CHARLES TILLY, *Grandes estructuras, procesos amplios, comparaciones enormes*, trad. cast. de Ana Balbas, del original *Big structures, large process, huge comparisons* (Russell Sage Foundation, New York, 1984), Colección *Alianza Universal. Ciencias Sociales*, Alianza Editorial, Madrid, 1991.

¹⁴³ FRANCISCO MURILLO FERROL, «El cambio social» (1963), en ID., *Estudios de Sociología política*, Colección de Ciencias Sociales. Serie de Sociología, Editorial Tecnos, Madrid, 1970, reimpresión, págs. 82-95, Capítulo III, la cita en pág. 82; AMITAI ETZIONI y EVA ETZIONI, *Social Change. Sources, Patterns and Consequences*, Basic Books, New York, 1964.

(n. 1923), «Reflexiones sobre los estudios de Derecho», publicado en la *Revista de Educación*, publicación del Ministerio de Educación Nacional en el mes de diciembre del año 1952, con ocasión de la elaboración de lo que terminaría por ser el Plan 1953 de estudios de la licenciatura en Derecho, y comprobar hasta que punto siempre que emergen nuevas condiciones de experiencia, éstas determinan que cobren mayor fuerza las voces y los argumentos de los que se pronuncian a favor de la necesidad de replantear de una manera resolutiva las enseñanzas del Derecho, a fin de acomodarlas a las nuevas circunstancias, cuando la entidad de éstas lo requieran; porque si hoy se ha puesto absolutamente en evidencia la plena justificación, y entonces, hace ya cincuenta años, no le faltaba razón, cuando afirmaba que en la sociedad de nuestro tiempo el Derecho «ya no es, kantianamente el punto de equilibrio de esa sociedad que se desarrolla por sí misma, sino por el contrario, el punto de equilibrio de una sociedad que se desarrolla por sí misma, sostiene y procura», las nuevas condiciones de todo tipo hoy existentes y las exigencias de una sociedad como la de nuestro tiempo, en incesante transformación, refuerzan los ya entonces fundamentados argumentos a favor de un mayor compromiso e identificación del jurista con la causa a favor de la progresiva adaptación del Derecho a los cambios sociales, económicos y tecnológicos¹⁴⁴.

Sobre todo desde que se tomó conciencia de la participación activa del hombre en su propio desarrollo, y de las posibilidades —y la responsabilidad que ello acarrea— de controlar su propio futuro, el futuro de la naturaleza, y el de las generaciones que han de sucederle. Conciencia esta última cuya emergencia algunos tratadistas, y muy significadamente el arquitecto John McHale, tan vinculado a Buckminster Fuller¹⁴⁵, han fechado entre 1940 y 1950¹⁴⁶. Momento en el que se reitera, nunca es su-

¹⁴⁴ Vid. al respecto la ponderada valoración que de la controversia que acerca de la enseñanza del Derecho se había desarrollado en la *Revista de Educación* (Madrid) en el curso de los años 1952 y 1953 ofreció Fernando Garrido Falla, bajo el rótulo «Una polémica sobre la enseñanza del Derecho», en *Revista de Administración Pública* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), 1953, núm. X; MARIANO GARCÍA CANDES, «Los planes de estudio de la carrera de Derecho. Algunas reflexiones críticas», en JUAN VELARDE FUERTES (editor), *El primer año de Derecho. Actas de las jornadas de profesores de primer año de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Rábida* (Huelva), Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1978, págs. 267-277.

¹⁴⁵ BUCKMINSTER FULLER y JOHN MCHALE (editores), *World Resources Inventory. World Design Science Decade 1965-1975*, Southern Illinois University Press, Carbondale (Illinois) 1963-1970; ID., *Operating Manual for the Spaceship Earth*, Southern Illinois University Press, Carbondale (Illinois), 1969; JOHN MCHALLE, «2000», en *Architectural Designing*, febrero de 1967, pág. 85; ID., *The Future of the Future*, Braziller, New York, 1969.

¹⁴⁶ JOHN MCHALE, «2000», en *Architectural Designing*, febrero de 1967, pág. 85; ID., *The Future of the Future*, Braziller, New York, 1969.

perfluo hacerlo, que el jurista no debe centrar tan sólo su toma en consideración del Derecho en las normas formalmente válidas, y ha de prestar una cuidadosa atención a las necesidades de hecho de todo tipo y exigencias que las condiciones traen consigo¹⁴⁷.

Todas estas controversias giran en última instancia en torno a qué es posible hacer aquí y ahora, y en el más inmediato futuro, y sobre cuáles son, en definitiva, nuestros márgenes de acción, operatividad y maniobra en el contexto de lo actual, cuales son las exigencias, selecciones o alternativas posibles¹⁴⁸. Diferencias de criterio que hacen que reverdezcan y cobren su más pleno sentido las viejas sentencias: «Toda palabra pronunciada suscita su contraria» y «la lucha de partidos nunca tendrá final»¹⁴⁹, que suelen ponerse en boca del poeta, dramaturgo y polígrafo alemán Johann Wolfgang von Goethe (1749-1842)¹⁵⁰.

«Dictum» que, a su vez, tanto recuerda a un pasaje de los tan cuidadosamente rastreados papeles póstumos que nos dejara Immanuel Kant (1724-1804): «todo transcurre ante nosotros al igual que el decurso de un río, y el gusto cambiante y las distintas figuras de los hombres hacen de todo el espectáculo algo incierto y engañoso. ¿Dónde encuentro puntos firmes de la naturaleza que el hombre no puede desplazar, y dónde puedo hallar referencias de la orilla a la que debe atenerse?»¹⁵¹.

¹⁴⁷ ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE, «El desvalimiento del principio alterum non laedere en el Derecho», en *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Anales* (Madrid), número 26, 1996, págs. 205-227, la cita en pág. 219.

¹⁴⁸ CHARLES JENCKS, *Arquitectura 2000. Predicciones y métodos*, trad. cast. del original en inglés, *Architecture 2000* (Studio Vista, London, 1971), Colección *Nuevos caminos de la arquitectura*, Editorial Blume, Barcelona, 1975, pág. 9.

¹⁴⁹ JOHANN PETER ECKERMANN, «Gespräche mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens», en el Volumen XXX de la edición de München de las *Obras Completas (Werke)* de Johann Wolfgang von Goethe, volumen cuidado por H. Schlafer, en el sello editorial Carl Hanser Verlag, München, 1985, pág. 83, donde se recoge la conversación entre Eckermann y Goethe del veinticinco de febrero de 1824; ID., *Converses amb Goethe en als darrers anys de la seva vida*, trad. al catalán e introducción de J. Bofill i Ferro, «Pról.» de J. Muñoz Millanes, Barcelona, 1994; ID., *Conversaciones con Goethe en los últimos años de su vida*, trad. cast. de J. Pérez Bances, Espasa-Calpe, Madrid, 1920, tres volúmenes (hay reedición de 1932-1934).

¹⁵⁰ J. W. VON GOETHE, *Goethe y la Ciencia*, trad. cast. de Carlos Fortea y Esther de Arpe, Ed. Siruela, Madrid, 2002; WALTER MUSCHS, «Goethes Glaube an das Dämonische», en *Deutsche Vierteljahrsschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte*, vol. XXXII, 1958, págs. 321-341.

¹⁵¹ IMMANUEL KANT (1724-1804), *Sämtliche Werke*, edición en doce volúmenes cuidada por Johan Karl Friedrich Rosenkranz (1805-1879) y F. W. Schubert, 1838-1842, vol. XI, pág. 41. Vid. al respecto, ERICH ADICKES (1866-1928), *Kants Opus postumum*, Kantstudien, Ergänzungshefte 50, 1920 (hay una reimpresión del año 1971); G. SCHRADER, «Kant's Presumed Repudiation of the «Moral Argument» in the *Opus postumum*. An Examination of Adickes's Interpretation», en *Philosophy: The Journal of the Royal Institute of Philosophy* (Cambridge University Press, Cambridge-UK), vol. XXVI, 1951, págs. 228-241.

Entiendo que ambos «dicta», además de reforzarse mutuamente, resultan especialmente pertinentes cuando tratamos de comprender, y creo que es este el caso, asuntos tan cargados de problematicidad como sin duda lo están aquellos que conciernen a la naturaleza humana, a la cultura, a la sociedad y a la historia.

Ámbitos, todos ellos, en los que nuestro discurso casi siempre tiende a escabullirse hacia las estructuras de la conciencia con las que tratamos de aprehenderlos, o a deslizarse —lo que probablemente sea peor— en la pendiente de las ideologías en el sentido y con la resonancia más fuerte y más peyorativo de los muchos y distintos con que se utiliza la expresión ideología, centrada como pocas en el discurso político contemporáneo, tanto en el lenguaje de la praxis política, como en el de la filosofía, la sociología y la ciencia políticas¹⁵².

No en vano, y tal y como afirma el historiador de las ideas, filósofo de la historia y analista de la estructura profunda de la imaginación histórica y los modos de conciencia histórica, Hayden White, «en asuntos como estos siempre existen fundamentos para las diferencias de opinión»¹⁵³ y para

¹⁵² ROBIN BLACKBURN (editor), *Ideology in social sciences*, Fontana-Collins, London, 1972; LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, «Ideología, filosofía y ciencia en el Derecho», en *Temis* (Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza), vol. XXI, 1967, págs. 319-333; NORBERTO BOBBIO (n. 1909), *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Laterza-Gius, Bari-Roma, 1969.

¹⁵³ HAYDEN WHITE, «Tropología, discurso y modos de conciencia humana», en ID., *El texto histórico como artefacto literario*, trad. cast. de Verónica Tozzi y Nicolas Lavagnino, del original *Tropics of Discourse. Essays in Cultural Criticism y Figural Realism* (The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1988 y 1999), Ediciones Paidós Ibérica-Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2003, págs. 63-106, la cita en pág. 63; ID., *Metahistoria. La imaginación histórica en la Europa del siglo XIX* (1973), trad. cast. de Stella Mastrangelo del original, *Metahistory. The Historical Imagination in Nineteenth-Century Europe* (The Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1973), Fondo de Cultura Económica, México, marzo de 1992; *The Context of the Form. Narrative Discourse and Historical Representation*, The Johns Hopkins University, Baltimore-London, 1987 (trad. cast. de Jorge Vigil Rubio, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*, Ed. Paidós Ibérica, Barcelona, 1992); JERZY TOPOLSKI, «A Non-postmodernist Analysis of Historical Narratives», en JERZY TOPOLSKI et alii, *Historiography between Modernism and Postmodernism. Contributions to the methodology of the Historical Research*, Rodopi, Amsterdam-Atlanta, SA, 1994, págs. 9-86; ID., *Metodología de la historia*, trad. cast. de María Luisa Rodríguez Tapia, Ed. Cátedra, Colección: *Historia. Serie Mayor*, Madrid, 1982 (segunda edición, 1992); ID. (editor), *Historiography between modernism and postmodernism. Contribution to the methodology of the historical research*, Col. Poznam studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities, Rodopi, Amsterdam-Atlanta, 1994; ID., *Narration and explanation: Contributions to the methodology of the historical research*, Col. Poznam Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities, Rodopi, Amsterdam, 1990.

el fluyente séquito del pluralismo interpretativo¹⁵⁴, que si bien a veces resulta fecundo, no faltan las ocasiones en las que llega a ser decididamente distorsionador¹⁵⁵.

Difícilmente podría ser de otro modo, ocupándose como se ocupan de su conocimiento y estudio unas disciplinas que se mueven más en la tradición característica de un Sócrates (470/469-399 a. J. C.) que en la tradición propia de un Sir Isaac Newton (1642-1727); y acaso por ello mismo sean estas ciencias las que más débilmente tienen establecido su carácter científico¹⁵⁶ —se habla de «ciencias blandas»—, o que con mayor dificultad ven reconocida su condición de ciencias cabales o «ciencias duras», calificación que se reserva para las ciencias físico-naturales. Saberes que justifican el certero juicio de Galileo Galilei (1564-1642) acerca de la jurisprudencia como una modalidad de conocimiento o un saber de opinión¹⁵⁷.

Esta, en ocasiones más que escandalosa, falta de acuerdo entre los estudiosos y profesionales del Derecho sobre cuestiones tan fundamentales, como sin duda lo son tanto la de las relaciones de mutua interdependencia entre el Derecho y la vida social, como la de los mecanismos de incardinación del Derecho en la sociedad, y de la sociedad en el Derecho¹⁵⁸, pueden sorprender o desconcertar al lector, y de hecho sensaciones de tal naturaleza confiesan haberlas experimentado la práctica totalidad de las personas que examinan los fenómenos jurídicos por primera vez, y que, al hacerlo, advierten enseguida que sobre ellos se teje todo un océano, siem-

¹⁵⁴ ANTONIO DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Capítulo I: «Une polemica tra giuristi e filosofi (1935-1945)», Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974, págs. 3-92; WOLF KANSTEINER, «Hayden White's Critique of the Writing of History», en *History and Theory: Studies in the Philosophy of History* (Blackwell Publishers, Oxford), vol. XXXIII, núm. 3, 1993; NANCY PARTNER, «Hayden White: The Form of the Content», en *History and Theory: Studies in the Philosophy of History* (Blackwell Publishers, Oxford), vol. XXXVIII, núm. 2, 1998, págs. 167 y sigs.

¹⁵⁵ PITIRIM ALEXANDROVICH SOROKIN (1889-1968), *Sociological theories of today*, Harper and Row, New York, 1966, pág. 635; vid. al respecto, PHILIP J. ALLEN (director), *Pitirim A. Sorokin in Review*, Duke University Press, Durham (North Carolina), 1963; FRANK R. COWELL, *History, Civilization and Culture: An Introduction to the Historical and Social Philosophy of Pitirim A. Sorokin*, Beacon, Boston (Massachusetts), 1952.

¹⁵⁶ PAUL MATTICK, *Social Knowledge: an essay on the nature and limits of social science*, Hutchinson, London, 1986; IGNACIO SOTELO, «Universidad y Política», en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales* (Instituto de Técnicas Sociales, Madrid), núm. 48, mayo de 1982, págs. 3-20, la cita en pág. 5.

¹⁵⁷ JOHN DUNN, «Practising History and Social Science on Realist Assumptions», en CHRISTOPHER HOOKWAY Y PHILIP PETTIT (editores), *Action and Interpretation*, Cambridge University Press, Cambridge (United Kingdom), 1978, págs. 145-175.

¹⁵⁸ ROBERTO BERGALLI (compilador), *El Derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la Sociología Jurídica*, Colección Sociedad y Estado, vol. VII, PPU, Barcelona, 1989, págs. 9 y sigs.

pre creciente, de opiniones contradictorias¹⁵⁹ que se difunden y suceden en ciclos encadenados con creciente amplitud y velocidad de sustitución social.

Océano que, con el transcurso del tiempo, no merma, sino que más bien se multiplica y crece de manera aparentemente ilimitada, tanto en heterogeneidad (se habla con cierta insistencia de su condición «proteiforme»¹⁶⁰) como en cantidad, se hace bueno así el dicho en cuya virtud allá donde la definición de un concepto no es capaz de lograr consenso, termina por surgir toda una multitud de reconstruccionistas¹⁶¹.

Aun así, entiendo que las distintas posiciones existentes al respecto, bien se pueden reducir a tres fundamentales:

a) El Derecho tendría la condición de mero reflejo escrito, verbal o institucional de las condiciones que configuran la vida social y de las formas de articulación de la solidaridad social. El Derecho sería de este modo, en cada momento, un indicador, un símbolo o un enunciado de la solidaridad social dominante¹⁶², funcionando a la manera de variable dependiente de la sociedad: es a la dinámica social a quien corresponde determinar la dinámica jurídica. «Los cambios en las relaciones económicas, culturales y políticas se reflejan inevitablemente en el campo del Derecho»¹⁶³. Idea que estaba presente en el jurista y sociólogo ruso naturalizado francés Georges Gurvitch (1894-1965) cuando sostenía que «toda forma de sociabilidad activa que realiza un valor positivo es un productor de Derecho, es un hecho normativo»¹⁶⁴. Si toda norma jurídica, y cómo no, también la Constitución

¹⁵⁹ JUAN-RAMÓN CAPELLA HERNÁNDEZ, «El Derecho en la historia», en *Enciclopedia temática Planeta. Economía. Derecho. Sociología. Ciencia Política*, Editorial Planeta, Barcelona, octubre de 1979, págs. 156-191, la cita en pág. 156.

¹⁶⁰ YVES DEZALAY, «Le production doctrinale comme objet et terrain des luttes politiques et professionnelles», en *La doctrine juridique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995, págs. 230 y sigs.; E. VIEUJEAN, «Place de la doctrine dans le droit belge actual», en *Annales du droit*, 1997, págs. 21 y sigs.

¹⁶¹ KLAUS VON BEYME, «Sociedad civil: itinerario de un concepto de moda», en *Pensamiento Constitucional* (Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima), año VI, 1999, núm. 6, págs. 19-36, la cita en pág. 22.

¹⁶² U. BAXI, «Comment. Durkheim and Legal Evolution: Some Problems of Disproof», en *Law and Society Review*, vol. VIII, 4, 1974, págs. 645 y sigs.; ANTHONY GIDDENS (n. 1938), «Four Myths of Social Thought», en *Economy and Society*, vol. 1, 4, 1972, págs. 357 y sigs.; ID., *La constitución de la sociedad*, trad. cast., Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1995; ID., *Modernidad e identidad del yo*, trad. cast., Ediciones 62, Barcelona, 1995.

¹⁶³ JOSÉ-JUAN GONZÁLEZ ENCINAR, «Introducción a» ID. «Derecho Constitucional, España y Unión Europea», «El Derecho vigente en tiempo real. <http://cod.ariel.es>», Colección Códigos Ariel, Editorial Ariel, SA, Barcelona, 5.ª edición, septiembre de 2003, págs. 9-10, la cita en pág. 10.

¹⁶⁴ GEORGES (GEORGI DAVIDOVICH) GURVITCH (1894-1965), *Sociología del Derecho*, trad. cast. del original *Elements de sociologie juridique* (Paris, 1940), Rosario (República Argentina), 1945, pág. 229.

tiene la condición, con todas sus correspondientes ventajas y servidumbres, de ser «norma en el tiempo», los cambios de la realidad social no pueden dejar incólume su contenido¹⁶⁵.

b) El Derecho sería, o formaría parte de la solidaridad social, hasta el punto de constituirse propiamente en uno de los subsistemas del sistema social general, las relaciones entre estos subsistemas no son unidireccionales del tipo causa-efecto, sino que se despliegan relaciones plurales, multi-variadas y pluralistas¹⁶⁶.

c) El Derecho constituye, en puridad, uno de los elementos creadores o configuradores, al menos en una parte muy significativa, de la vida social y de la solidaridad social¹⁶⁷. En el entendimiento de que la sociedad es un sistema no integrado, sino más propiamente abocado hacia las tendencias y los desarrollos que se da a sí misma, ya que el sistema social, a diferencia de los resto de los sistemas de la naturaleza es una realidad esencialmente autoproductiva¹⁶⁸. El Derecho pues, no se limita a codificar, institucionalizar, fijar, formalizar o reconocer costumbres inveteradas, reglas sociales, usos o prácticas ya existentes, con respecto a las cuales procede de un modo pasivo, dándoles acogida y forma, sino que puede operar, y de hecho lo hace con cierta frecuencia, de un modo activo, a fin de orientar y en su caso modificar, tanto los comportamientos como los valores y las prácticas sociales existentes en una determinada sociedad¹⁶⁹, en un determinado contexto temporal.

¹⁶⁵ KONRAD HESSE, «Constitución y Derecho Constitucional» en el volumen colectivo, *Manual de Derecho Constitucional*, coeditado por el Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 9.

¹⁶⁶ ALBERTO FEBBRAJO, «Per una rilettura della sociologia del diritto weberiano», en *Sociologia del Diritto* (Franco Angeli, Milano), vol. I, 1976, págs. 18-19; RICHARD D. SCHWARZ y JAMES C. MILLER, «Legal Evolution and Societal Complexity», en *The American Journal of Sociology*, 1964-1965, págs. 159-169.

¹⁶⁷ HELENA BÉJAR, «Estudio Preliminar» a Emile Durkheim, «Montesquieu y Rousseau, precursores de la sociología», Colección *Clásicos del Pensamiento*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003; JAIME LAMO DE ESPINOSA, *Sociología y Derecho en Durkheim*, en ID., *Delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral*, ob. cit., ed. cit., págs. 168-175.

¹⁶⁸ RAMÓN GARCÍA COTARELO, *Crítica de la teoría de sistemas*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1979; ALAIN TOURAINE (n. 1925), *Introducción a la sociología*, trad. cast. del original, *Pour la sociologie* (Paris, 1974), Editorial Ariel, Barcelona, 1978; ID., *Un deseo de historia (Autobiografía intelectual)*, trad. cast. del original, *Un désir d'histoire* (1977), Editorial Zero-Zyx, Madrid, 1978.

¹⁶⁹ WILLIAM M. EVAN, «Law as an Instrument of Social Change», en ALVIN WARD GOULDNER y S. M. MILLER (directores), *Applied Sociology: Opportunities and Problems*, The Free Press of Glencoe, New York, 1965, págs. 285-293; ID., *Social structure and law: Theoretical and empirical perspectives*, Colección *Sage library of social research*, Sage, Newbury Park (California), 1990; ID. (editor), *Frontiers in organization and management*, Praeger, New York, 1980; ID. (editor), *Organizational experiments: Laboratory and field Research*, Harper, New York, 1971; ID., *Law and Sociology*, The Free Press of Glencoe, New York, 1962.

En esta línea de rebajas y de —¿por qué no decirlo?— simplificaciones, que vendrían a confirmar la inclinación natural a «encontrar» causas únicas de fenómenos complejos¹⁷⁰, a la hora de abordar las relaciones entre el Derecho y el cambio social, bien podemos, por mor de imperativos de concisión y de síntesis, reducir las distintas alternativas del acervo doctrinal de nuestro tiempo sobre el tema a la dicotomía que enfrenta los puntos de vista más difícilmente conciliables, situados como están en los dos polos opuestos:

A) De un lado se encontraría el conjunto de autores a quienes el Premio Nobel 1974 de Economía, Friedrich August von Hayek (1899-1992) desde la crítica liberal al constructivismo de los «audaces experimentadores de la nueva moral» y su arrogancia intelectual, sitúa, frente a las teorías de este linaje, dentro del enfoque evolucionista¹⁷¹ en el análisis de los fenómenos sociales. Estarían así, a) ¡cómo no!, el estadista inglés, orador, ensayista y teórico de la política, y heraldo del conservadurismo pragmático¹⁷² Edmund Burke (1729-1797).

Autor que, pese a que para el filósofo de la política de origen alemán, naturalizado norteamericano, Leo Strauss (1899-1973) no hizo más que confirmar en su vida, obra y campañas políticas y de opinión, su concepción del bien y del mal, tanto en política como en moral, de tal manera que «una misma fe inspira sus campañas a favor de los colonos americanos y de los católicos irlandeses, en contra de Warren Hartings y de la Revolución francesa», la mayor parte de los historiadores entienden, y creo que con acierto, que en su vida y obra bien pueden diferenciarse dos etapas: 1) aquella en la que fue sin matices un «whig» avanzado de los que se agrupaban en la «Cámara de los Comunes» bajo el reconocido liderazgo de Lord Rockingham (1728-1782, quien llegó a ser jefe del gabinete en dos ocasiones, si bien efímeramente), y como tal un representante eminente de

¹⁷⁰ KARL-HANS-KNUT OLIVECRONA (1897-1980), *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. cast. Luis López Guerra, del original, *Law as Fact* (Stevens and Sons, London, 1971), Editorial Labor, Barcelona, 1980, pág. 77; ID., *La struttura dell'ordinamento giuridico*, trad. cast. de Enrico Pattaro, Etas Kompas, Milano, 1972.

¹⁷¹ F. A. VON HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Routledge and Kegan Paul, tercera edición, London, 1975, págs. 55 y 173; F. DONZELLI, «Friedrich August von Hayek (1899-1992)», en *Rivista Internazionale di Scienze Economiche e Commerciali*, vol. XL, 1, 1993, págs. 1-29.

¹⁷² M. AUERBACH, *The Conservative Illusion*, New York, 1959; G. GEGEMBRE, *Le Contre-Révolution ou L'histoire désespérante*, Paris, 1989; A. O. HIRSCHMANN, *Deux siècles de rhétorique réactionnaire*, trad. al francés, Fayard, Paris, 1991; R. KIRK, *The portable Conservative Reader*, New York, 1982; ID., *The Conservative Mind*, University of Chicago Press, Chicago, 1953; M. OAKESHOTT, *De la conduite humaine*, trad. francesa del original en inglés de 1975; ID., *Léviathan*, Presses Universitaires de France, Paris, 1990; S. RIALS, *Révolution et Contre-Révolution en France au XIX^e siècle*, Paris, 1987.

la Ilustración escocesa por oposición a la corriente francesa vinculada al cartesianismo¹⁷³, «libre revolucionario contra la Revolución» —al decir del poeta y novelista romántico alemán Friedrich von Hardenberg (conocido comúnmente por el pseudónimo, de innegable cuño romántico¹⁷⁴, de Novalis, 1772-1801)—, con un pasado reconocido como defensor de todas las causas liberales de su tiempo¹⁷⁵, y muy especialmente de la concepción de «la política vigilante» y de la defensa de la supremacía de la Cámara de los Comunes establecida por la Revolución de 1688¹⁷⁶ y los derechos del Parlamento frente a los abusos de la Corona, pero al que se concluirá identificando de ordinario, casi de una manera exclusiva, con el 2) Edmund Burke de madurez, el más conocido y notorio, hasta el punto que su persona y obra de ordinario se asocia, casi exclusivamente, a su obra más notoria, las *Reflexiones sobre la Revolución francesa* (*Reflections on the Revolution in France*, noviembre de 1790¹⁷⁷), una obra destinada a modificar la

¹⁷³ EDMUND BURKE, *Indagación filosófica sobre el origen de nuestras ideas acerca de lo sublime y de lo bello*, «Estudio Preliminar» y trad. cast. de Menene Gras Balaguer, Colección *Metrópolis*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987 (hay reimpresión de la segunda edición, 2001); el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos de Murcia publicó en 1985 otra traducción del texto, debida a Don Juan de la Dehesa, reproducción facsimilar de la edición de la Oficina de la Real Universidad de Alcalá, 1807, añadiéndole un «Prólogo» de Valeriano Bozal); ID., *On taste: On the sublime and beautiful. Reflections on the French Revolution. A letter to a noble lord*, The Harvard Classics, P. F. Collier and Son, New York, 1909 (hay reimpresión de 1965); ID., *A philosophical inquiry into the origin of our ideas of the sublime and the beautiful. With an introductory discourse concerning taste and several other additions*, Vermor and Hood et alii, London, 1798.

¹⁷⁴ FRIEDRICH HEER, *Europa, madre de las revoluciones*, vol. I, trad. del alemán a cargo de Manuel Troyano de los Ríos (del original, *Europa, Mutter der Revolutionen*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1964), Alianza Editorial, Madrid, 1980, pág. 146.

¹⁷⁵ CARL B. BONE, *Burke and the natural of politics*, Kentucky Press, 1956; JAMES THOMPOS BOULTON, *The Language of Politics in the Age of Wilkes and Burke*, Studies in political history, Routledge and Kegan Paul-University of Toronto Press, London-Toronto, 1963; EDMUND BURKE (1729-1797), *Pre-revolutionary writings*, Cambridge Texts in the history of political thought, Cambridge University Press, 1993; F. A. DREYER, *Burke's Politics: A Study in Whig Orthodoxy*, Laurier University Press, Waterloo (Ontario, Canada), 1979; MICHEL VILLEY, «La philosophie du droit de Burke», en *Archives de Philosophie du Droit* (Editions Sirey, Paris), vol. XV, «Philosophes du Droit anglaises et américaines et divers essais», 1970, págs. 99-111.

¹⁷⁶ EDMUND BURKE, «A Representation to his Majesty, Moved in the House of Commons, June 14, 1784», en ID., *The Works of the Right Honourable Edmund Burke*, Rivington London, dieciséis volúmenes, 1803-1927; ID., *Letters, speeches and tracts on Irish affair*, recopilado y cuidado por Matthew Macmillan, London, 1881; ID., *On empire, liberty and history*, editado por DAVID BROMWICH (n. 1951), Yale University Press, New Haven, 2000; ID., *Speeches and letters on American affairs*, con «Introduction» de Peter McKeivitt, J. M. Dent and Son, Everyman's library, London, 1961.

¹⁷⁷ EDMUND BURKE, *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, trad. cast. de Enrique Tierno Galván, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954 (reeditado por el Centro de

actitud de la mayor parte de la opinión inglesa ilustrada, en principio favorable a la Revolución y a tratar de poner en evidencia que no es la heredera de la «Revolución gloriosa» de 1686 que un siglo antes había expulsado a los Estuardo, ni de la tradición liberal que había inspirado a los colonos ingleses de Norteamérica (1776), la última de las revoluciones liberales inglesas y el origen de la primera democracia moderna —en principio una obra de circunstancias, atravesada por múltiples tensiones, que no tardará en convertirse en el viejo continente, y más aún que en la misma Inglaterra, en el manifiesto de la contrarrevolución y en el libro de cabecera de quienes se mostraban totalmente cerrados al espíritu continental característico del siglo¹⁷⁸, y entendían que la Revolución había causado un rasgón en el tejido de la historia europea y suponía el desplazamiento de los principios y valores que les eran afines o con los que se identificaban. Condena tajante de la Revolución francesa, tanto en sus prácticas como en sus principios fundamentales. Obra cuya publicación aceleró su ruptura, anunciada con anterioridad, con el postulado «whig», que se materializó ruidosamente en el curso de un enfrentamiento en el Parlamento con el joven sucesor de Rockingham en el liderazgo del grupo, Charles James Fox—. Las *Reflexiones sobre la Revolución Francesa* representan una publicación dotada, eso sí, de eminentes cualidades literarias, y que estaba llamada a convertirse, con el transcurso del tiempo en una publicación que

Estudios Constitucionales, Madrid, 1978); ID., *Textos políticos*, trad. cast. e «Introducción» de Vicente Herrero, Sección de Ciencia Política-textos políticos, Fondo de Cultura Económica, México, primera reimpresión, 1984 (la primera edición apareció en 1942); ID., *The works of the right honourable Edmund Burke: twelve volumes in six*, John C. Nimmo, London, 1887 (hay reps. facsimilar, Georg Olms Verlag, Hildesheim, 1975); ID., *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, trad. cast. de Esteban Pojals, con «Introducción» y notas, Colección *Hombre y Sociedad*, Ediciones Rialp, Madrid, 1989; ID., *Réflexions sur la révolution de France*, nueva edición con notas de J. A. A., Adrien Égron Imprimeur, Paris, 1989; ID., *Réflexions sur la Révolution de France* (1790), trad. francesa de P. Andler, «Préface» de Philippe Raynaud, notas de A. Fierro y G. Liebert, Col. *Pluriel*, Hachette, Paris, 1989; M. BUTLER (editor), *Burke, Paine, Godwin and the Revolution Controversy*, Cambridge University Press, Cambridge (United Kingdom), 1984; FRANÇOIS FURET, *Penser la Révolution française*, Bib. des Histoires, Ed. Gallimard, Paris, 1980 (trad. cast., *Pensar la Revolución francesa*, Petrel, Barcelona, 1980); FRANÇOIS FURET y MONA OZOUF (editores), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Ed. Flammaron, Paris, 1988, reeditado, *Champs*, cuatro volúmenes, 1992 (trad. castellana, *Diccionario de la revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1980).

¹⁷⁸ JEAN-JACQUES CHEVALLIER, *Burke (1729-1797) o el desquite de la Historia (Ensayo de síntesis)*, trad. cast. de Alejandro Muñoz Alonso, en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 112, julio-agosto de 1960, págs. 31-47, la cita en pág. 34; M. EINAUDI, «The British Background of Burke's Political Philosophy», en *Political Science Quarterly*, octubre-diciembre de 1934; HAROLD LASKI, *Political thought in England from Locke to Bentham*, H. Holt, 1924.

todos convienen en calificar de decisiva en la cristalización de la opinión contrarrevolucionaria¹⁷⁹.

Obra que, en lo que tiene de alegato contrario a las revoluciones del siglo XVIII, marca, de una parte, la aparente apostasía de Edmund Burke con la identificación y el compromiso inicial que había mantenido con la reforma, y, de otra, el simultáneo inicio de su trayectoria, luego ratificada y reforzada, como protorromántico¹⁸⁰, o al menos como uno de los primeros exponentes del historicismo jurídico-político, «crítico áspero de las declaraciones de derechos y de las constituciones iusnaturalistas, ya que juzgaba absurdo y peligroso cambiar bruscamente, en nombre de una racionalidad abstracta, las instituciones que habían sido creadas por la historia»¹⁸¹. Concepción que encuentra confirmación y refuerzo en el conjunto de su obra posterior, lo que le convierte en el adalid exaltador de la continuidad y de la estabilidad de las instituciones y de la política inglesas —de las que se confiesa admirador irrestricto—, además de en el crítico más impenitente del racionalismo¹⁸² —siempre manifestó una abierta

¹⁷⁹ F. J. C. HEARNshaw (editor), *The social and political ideas of some representative thinkers of the revolutionary era*, Barnes and Nobel, New York, 1950; PHILIPPE RAYNAUD, «Preface. Les Réflexions sur la révolution de France», en EDMUND BURKE, *Réflexions sur la Révolution de France*, en François Châtelet, Olivier Duhamel y Evelyne Pisier-Kouchner (editores), *Dictionnaire des oeuvres politiques*, Presses Universitaires de France, París, 1986.

¹⁸⁰ STANLEY AYLING, *Edmund Burke*, John Murray, London, 1988; FRIEDA BRAUNE, *Edmund Burke und die Burke Deutschland. Ein Beitrag zur Geschichte des historisch-politisch Denken*, Heidelberg, 1917; IAN HAMPSHER MONK (n. 1946) (editor), *The political philosophy of Edmund Burke*, ed., «Introduction» y selección, Col. *Documents in political ideas*, Longman, London-New York, 1987; ID. (editor), *Pre-revolutionary writings*, Cambridge texts in the history of political thought, Cambridge University Press, Cambridge (UK), 1993; GERTRUDE HIMMELFARB, «Edmund Burke», en *Victorian Minds. A Study of Intellectuals in Crisis and of Ideologies in Transition*, Harper Torchbook, New York, 1970; ID., *La idea de la pobreza. Inglaterra a principios de la era industrial*, trad. cast. de Carlos Valdés, del original *The Idea of Poverty. England in the early Industrial Age* (Alfred A. Knopf, New York, 1983), Fondo de Cultura Económica, México, 1988, págs. 82-90, 94-98, 117-119, 346-347 y 605.

¹⁸¹ GUIDO FASSÒ (1915-1974), *Storia della filosofia del diritto* (1970), vol. III: «Otto-cento e Novecento», edición actualizada por Carla Farralli, Gius, Laterza e Figli Spa, Roma-Bari, 2001, pág. 42.

¹⁸² NICOLA MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà: Storia del costituzionalismo moderno*, Utet Libreria, Torino, 1976, pág. 122; ID., *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, «Presentación» de Bartolomé Clavero, trad. cast. de Francisco-Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira, Colección *Estructuras y procesos. Serie Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 1998; ID., *Alla ricerca dell'ordine politico: Da Machiavelli a Tocqueville*, Colección *Universale paperbacks*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1984; ID., «Positivismo jurídico e costituzionalismo», en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile* (Dott. A. Giuffrè Editore, Milano), 1963, págs. 585 y sigs.; PAOLO PASTORI, «Libertà contro il radicalismo rivoluzionario in Edmund Burke», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (Dott. A. Giuffrè Editore, Milano), IV serie, LVI, 1979, abril-junio, págs. 222-257; ID., *Rivoluzione e continuità in Proudhon e Sorel*, Università di

aversión hacia el razonamiento especulativo—, del «espíritu de innovación»¹⁸³, y de «los fabricantes de constituciones»¹⁸⁴ —niega sin más que las Constituciones puedan hacerse—. Corrientes todas ellas a las que Edmund Burke denuncia y cuyos puntos más vulnerables pone en franca evidencia, mediante su crítica de la versión radical de la Ilustración, a la vez que con la apología de la tradición y del «prejuicio», así como con la defensa, frente al utilitarismo, del fundamento, en último análisis trascendente del orden social y político¹⁸⁵ y de la negación abierta de la existen-

Roma, Facoltà de Scienze Politiche, A. Giuffrè Editore, Milano, 1980; ID., *Rivoluzione e potere in Louis de Bonald*, «Presentazione» de Mario D'Addio, Biblioteca dell'Archivio Storico Italiano, Leo S. Olschki Editore, Firenze, 1990; G. TAMAGNINI, *Un giusnaturalismo ineguale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988.

¹⁸³ KLAUS VON BEYME, «El conservadurismo», en *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), Nueva Epoca, núm. 43, enero-febrero de 1985, págs. 7-44; FRANCIS P. CANAVAN, *The Political Reason of Edmund Burke*, Duke University Press, Durham (North Carolina), 1960; ALFRED COBBAN, *Edmund Burke and the Critique of Political Radicalism*, Blackwell, Oxford, 1980; ID., *Edmund Burke and the Revolt against the Eighteenth Century: A Study of the Political and Social Thinking of Burke*, Woodsworth, Coleridge and Southey (1929), George Allen and Unwin, London, tercera edición, 1973; M. FREEMANN, «Burke and the Ancient Constitution. A problem in the history of Ideas», en *Historical Journal*, vol. III, 1960, págs. 125-143; ID., *Burke and the Critique of Political Radicalism*, Blackwell, Oxford, 1980; MICHEL GANZIN, *La pensée politique d'Edmund Burke*, Librairie J. Vrin, Paris, 1972; PETER J. STANLIS, *Edmund Burke and the Natural Law*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1965; C. B. MACPHERSON, *Burke*, trad. cast. de Néstor A. Míguez del original en inglés (*Burke*, Past Masters, Oxford University Press, 1980), Colección *El libro de bolsillo*, Alianza Editorial, Madrid, 1984; MICHEL VILLEY, «La philosophie du droit de Burke» (1969), en *Critique de la pensée juridique moderne*, Ed. Dalloz, Paris, págs. 125-138.

¹⁸⁴ ADAM HEINRICH MÜLLER (1779-1829), *Die Elemente der Staatskunst* (1809), tres volúmenes, Gustav Fischer Verlag, Jena, 1922, vol. I, pág. 11 (hay edición posterior, a cargo de J. Baxa, Gustav Fischer Verlag, Jena, 1992); ID., *Elementos de política*, Lecciones dadas en Dresde en el curso de invierno de 1808-1809, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1935 (hay edición posterior en la Editorial Doncel, Madrid, 1977); JEAN-JACQUES CHEVALLIER, «Burke (1729-1797) o el desgaste de la Historia. Ensayo de síntesis», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 112, julio-agosto de 1960, págs. 31-46 (trad. cast. de Alejandro Muñoz Alonso); RUSSEL KIRK, «Introduction» a *Reflections on the revolution in France*, Gataway, Los Angeles, 1955; J. G. A. POCKOCK, «Edmund Burke and the Revolution of Enthusiasm: the Context as Counter-Revolution», en François Furet (n. 1927, editor), *La Révolution française et la culture politique moderne*, Pergamon Press, Oxford, 1990, vol. III.; ID., «Burke and the Ancient Constitution: a problem in the history of ideas», en *Historical Journal*, vol. III, 1960, págs. 125-143; ID., «1776. The Revolution against Parliament» (1980), recogido en ID., *Virtue. Commerce and History*, Cambridge University Press, 1985, en especial págs. 85 y sigs.; ID., «The Political Economy of Burke's Analysis of the French Revolution», en *Virtue. Commerce and History*, ob. cit., págs. 193-212; L. SAUZIN, *Adam-Heinrich Müller (1779-1829), sa vie, son oeuvre*, Nizet, Paris, 1937.

¹⁸⁵ PHILIPPE RAYNAUD, voz «Revolución francesa», en PHILIPPE RAYNAUD y STÉPHANE RIALS (editores), *Diccionario Akal de Filosofía Política*, trad. cast. de Mariano Peñalver y Marie-Paule Sarazin, Ediciones Akal, Madrid, 1996, págs. 704-711.

cia de un poder constituyente (esto es, de lo que parecía constituir el ariete conceptual más importante de toda la teoría constitucional elaborada por los revolucionarios franceses, concepciones que además suministran una serie de premisas que, de aceptarse, ponen de manifiesto la primacía de la razón y de la voluntad democráticas sobre la historia).

Es Burke un pensador que honró a su íntima convicción, según la cual la política y la moral ponían en juego situaciones y cuestiones en las que eran de todo punto determinantes las consideraciones de prudencia, de oportunidad y de viabilidad. Criterio que le llevó a elaborar una síntesis teórica del principio característicamente «whig» de la libertad con el principio acusadamente «tory» del orden (a la vez instrumento y condición indispensable de la libertad y la prosperidad). Algunos intérpretes de su obra, al analizar su influjo sobre el pensamiento posterior en el Continente europeo, entendieron que éste se limita a condicionar y suministrar argumentos a los defensores del Antiguo Régimen. Lo cierto es que, de su influencia, importante si bien indirecta, sobre el historicismo alemán —a través de los publicistas y altos funcionarios hannoverianos— por lo tanto súbditos de un reino entonces vinculado, desde 1714, por lazos de parentesco con el reino de Inglaterra, un hecho ilustrativo de las fidelidades e incluso de los modelos intelectuales de su pensamiento¹⁸⁶ —Ernst Brandes (1758-1810) y August Wilhelm Rehberg (1756-1837), cuya principal notoriedad le alcanzó por haber intervenido de forma decidida en la controversia acerca de la pertinencia o no de codificar el derecho alemán. Su alegato en abierta oposición a la idea de redactar un Código común para Alemania luce ciertamente menos que el que se desarrolló el año 1814 entre Friedrich Carl von Savigny en réplica al profesor de Derecho en la Universidad de Heidelberg Anton-Friedrich-Justus-Thibaut (1772-1840, el promotor de la idea de un Derecho común para Alemania), si bien las razones que esgrime: la codificación terminaría produciendo la pérdida de las costumbres, los conceptos heredados y los preceptos aceptados por todos, que ha puesto de manifiesto repetidamente su operatividad en la resolución de las controversias a que da lugar el tráfico jurídico, hasta la pérdida del recuerdo de su misma existencia pasada, apuntan a la forma en que esta prerromántico alemán había colocado en pie de igualdad¹⁸⁷ por lo que se refiere a su desarrollo, al

¹⁸⁶ ALFRED DUFOUR, voz «Escuela histórica del Derecho», en *Diccionario Akal de Filosofía Política*, ob. cit., trad. cast. cit., ed. cit., págs. 254-258, la cita en pág. 255.

¹⁸⁷ P. CARONI, «Savigny und die Kodifikation. Versuch eine Neudeutung des Berufes», en *Zeitschrift Für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, vol. LXXXVI, 1969, págs. 97-179; JACQUES STERN (Introducción y selección de textos), «Introducción» a Thibaut y Savigny, *La Codificación, Una controversia programática basada en las obras Sobre la necesidad de un Derecho Civil general para Alemania y De la vocación de nuestra época*

idioma y al Derecho¹⁸⁸; y del que ocasionalmente aparecen referencias a sus «Untersuchungen zur französischen Revolution» publicadas el año 1793, y cuya deuda y coincidencia con los postulados con Burke saltó a la vista, sobre todo en el ataque a la idea de una política fundada en la razón y no en los hechos, y en el intento de los revolucionarios franceses de derivar la práctica política de una teoría identificada con el Contrato social, pretendiendo construir «un sistema político únicamente deducido de las leyes puras de la razón» opúsculo que recibiría una contundente réplica por parte del filósofo alemán Johann Gottlieb Fichte (1762-1814) en sus «Contribuciones destinadas a rectificar la opinión del público sobre la Revolución francesa» (1793)¹⁸⁹, o del prusiano de Breslau Friedrich Gentz (1764-1832), consejero de Metternicht y teórico del «equilibrio europeo», autor de la tercera traducción a la lengua alemana de las «Reflexiones de Edmund Burke» — existe más de un elocuente, documentado, a la vez que fiable testimonio. Edmund Burke suministró una alternativa ideológica susceptible de ser utilizada en contraposición a los argumentos del racionalismo y del liberalismo postilustrados, que a principio del siglo XIX comenzaban a encontrar eco y arraigo en la vida intelectual alemana de la época.

Siendo como resulta ser, extremadamente importante la aportación de Edmund Burke, habría que recordar, y no con un tono menor b) la sinfonía que al respecto ofrecen las voces más prestigiosas de la alemana Es-

para la legislación y la ciencia del derecho, con adiciones de los autores y juicios de sus contemporáneos, trad. cast. de José Díaz García, Aguilar, SA de Ediciones, Madrid, 1970, págs. XVIII-XLVII, la cita en pág. XXXVI.

¹⁸⁸ ERNST BRANDES (1758-1810), *Politische Betrachtungen über die Französische Revolution*, Jena, 1790; ID., *Über einige bisherige Folgen der Französische Revolution in Rücksicht auf Deutschland*, Hannover, 1792; AUGUST WILHELM REHBERG, *Untersuchungen über die Französische Revolution nebst kritischen Nachrichten von der merkwürdigsten Schriften, welche darüber in Frankreich erschienen sind*, Hannover-Osnabrück, 1793, págs. 18 y sigs., y 44 y sigs.; ID., *Über den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland*, Hannover, 1814, págs. 8 y sigs. y 3 y sigs.; U. VOGEL, *Konservative Kritik und der bürgerlichen Revolution August Wilhelm Rehberg*, Política. Abhandlungen und Text, 3 pol. Wissenschaft, vol. XXV, Darmstadt und Neuwied, 1972.

¹⁸⁹ J. G. FICHTE, *Considérations sur la Révolution française*, trad. francesa de J. Barmí, reedición, Payot, Paris, 1974; J. LEFEBVRE (editor), *La Révolution française vue par les Allemands*, Presses Universitaires, Lyon, 1987; ALEXIS PHILONENKO, *La liberté humaine dans la philosophie de Fichte*, Librairie J. Vrin, Paris, 1996; PH. RAYNAUD, «Burke et les Allemands» en *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, Pergamon Press, Oxford, 1987, vol. III, págs. 59-78; ALAIN RENAUT, «Rationalisme et historicisme juridique. La première réception de la déclaration de 1789 en Allemagne», en *Droits* (Presses Universitaires de France, Paris), vol. VIII, 1988; A. TOSSEL, *Kant révolutionnaire. Droit et politique*, Col. Philosophies, Presses Universitaires de France, Paris, 1988.

cuela histórica del Derecho («Historische Rechtsschule»¹⁹⁰ en lo mucho que dicha escuela tiene de proyección del romanticismo en el campo jurídico¹⁹¹): Gustavo Hugo (1764-1844)¹⁹², Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), Jacob Grimm (1785-1863), Georg Friedrich Puchta (1798-1846)... Voces que se hicieron oír, alto y claro, en el conjunto del continente europeo, y que con su despliegue doctrinal contribuyeron a configurar el inicio, en la primera mitad de la centuria del siglo XIX alemán, en lo mucho que tuvo de siglo eminentemente jurídico¹⁹³, de toda una línea argumental que considera a la razón histórica, o a la razón de la historia, como el fundamento último, y acaso único, del Derecho¹⁹⁴. Hasta el punto que se ha llegado a hablar de un «sentido religioso de la historicidad» que estaría presente en todos los renovadores o fundadores de las diversas ciencias históricas en la primera mitad del siglo XIX (historiadores de la lingüística, de la filología, del derecho, de la mitología, y de la propia historia «tout court».

Siempre, eso sí, en una línea argumental bastante próxima, en lo que el discurso de la escuela aportó a la reivindicación de la historicidad¹⁹⁵ entre

¹⁹⁰ CARLO-AUGUSTO CANATTA, *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. cast. de Laura Gutiérrez Masson, del original *Histoire de la jurisprudence européenne* (G. Giappichelli Editore, Torino, 1996), editorial Tecnos, Madrid, 1998, págs. 195-200.

¹⁹¹ FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA Y SPÍNOLA, *Tratado de Filosofía del Derecho*, tomo II, parte I: «Los valores jurídicos», Lecciones 3 a 5: «Los saberes común, técnico, científico y filosófico del Derecho», Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1977, pág. 29.

¹⁹² GIULIANO MARINI, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, A. Giuffrè Editore, Milano, 1969.

¹⁹³ ERNST WOLFGANG BOCKENFÖRDE, «Verfassungsprobleme und Verfassungsbewegung des 19. Jahrhunderts» (1971), en ID., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1991, págs. 244-262, la cita en pág. 244.

¹⁹⁴ ALBERT BRIMO, «La notion de Volkgeist et les théories de l'école historique allemande. La raison trahie», Sección III, Capítulo III, de ID., *Les grands courants de la philosophie du Droit et de l'État*, Collection *Philosophie Comparée du Droit et de l'État*, Editions A. Pedone, nueva edición totalmente revisada, Paris, 1978, págs. 181-184, la cita en pág. 181; K. LUIG y B. DOELEMAYER, «Alphabetisches Verzeichnis der neueren Literatur über Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)», en *Quaderni fiorentini per la storia giuridica* (Dott. A. Giuffrè Editore, Milano), vol. VIII, 1979, págs. 501-559.

¹⁹⁵ JEAN-JACQUES CHEVALLIER, *Burke (1729-1797) o el desquite de la Historia* (*Ensayo de síntesis*), trad. cast. de Alejandro Muñoz Alonso, en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 112, julio-agosto de 1960, págs. 31-47, la cita en pág. 31; ID., «El siglo XVIII y el nacimiento de las ideologías», en *Las ideologías y sus aplicaciones*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, págs. 23 y sigs.; HELMUT COING, «Savigny et Collingwood ou Histoire et interprétation du Droit», en *Archives de Philosophie du Droit* (Editions Sirey, Paris), tomo IV, 1959, págs. 1-9; H. JAEGER, «Savigny et Marx», en *Archives de Philosophie du Droit* (Editions Sirey, Paris), tomo XII, 1967,

otras notas, si bien con motivos diversos, a la desarrollada por el autor de las tantas veces invocadas «Reflexiones sobre la Revolución francesa» de 1790. En todo caso parte de las no escasas diferencias existentes entre el autor de las «Reflexiones» y los componentes de la escuela histórica son imputables a que estos últimos se vieron abocados a tener que responder en el Viejo Continente a retos que, en parte no menor, eran bien diferentes a los que acuciaban a Edmund Burke en la Gran Bretaña de su tiempo¹⁹⁶.

Gustaba decir a Friedrich Meinecke (1862-1954), una de las autoridades morales en la Alemania que en 1945 retornaba a la democracia, que lideró la creación de la Universidad Libre de Berlín, a la hora de caracterizar el objeto de la historia de las ideas —disciplina a la que dio un nuevo rango— que las ideas sustentadas y transformadas por las personalidades vivas, constituyen el cañonazo de la vida histórica¹⁹⁷ y es verdad que la sentencia encuentra confirmación por lo que concierne a los componentes de la escuela histórica del Derecho.

Los autores vinculados a la escuela histórica del derecho, desde una precisa inspiración abiertamente antiilustrada, antirracionalista y antiiusnaturalista¹⁹⁸ (combatían al Derecho natural en nombre de la historia, como

págs. 65-89; ID., «Note savignicienne I. La pauvre philologie face à la toute puissance histoire du droit», en *Archives de Philosophie du Droit* (Editions Sirey, Paris), tomo XIX, 1974, págs. 407-424.

¹⁹⁶ FRANCIS P. CANAVAN, *The Political Reason of Edmund Burke*, Duke University Press, Durham, North Carolina, 1960; THOMAS W. COPELAND, *Our Eminent Friend Edmund Burke*, Yale University Press, New Haven, 1949; PHILIP M. MAGNUS, *Edmund Burke: A Life*, Murray, London, 1939; JOHN M. MORLEY, *Edmund Burke*, Macmillan-Harper, London-New York, 1879; PETER J. STANLAS, *Edmund Burke and the Natural Law*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1958.

¹⁹⁷ FRIEDRICH MEINECKE, *Erlebten: 1862-1919*, Koehler, Stuttgart, 1964, pág. 117; ID., *Werke*, Oldenbourg, München, seis volúmenes, 1957-1962.

¹⁹⁸ PHILIPPE-IGNACE ANDRÉ-VINCENT, O.P., *Les révolutions et le droit*, Col. *Bibliothèque de Philosophie du Droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon y R. Durand-Auzias, Paris, 1974; ALESSANDRO BARATTA, *Positivismo giuridico e Scienza del Diritto penale. Aspetti teorici e ideologici della sviluppo della scienza penalistica dall'inizio del secolo al 1935*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1966, págs. 11 y sigs.; GUIDO FASSÒ (1915-1974), voz «Giusnaturalismo» en *Enciclopedia filosofica*, segunda edición, volumen III, 1967, págs. 243-245; ID., *La storia come esperienza giuridica*, Seminario Giuridico delle Università di Bologna, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1953; ID., voz «Giusnaturalismo», en *Novissimo digesto italiano* (Utet, Torino), vol. VII, 1961, págs. 1106-1108; ID., voz «Giusnaturalismo», en *Dizionario di politica* (G. Giappichelli, Torino), 1976, págs. 432-437; MARIANO HURTADO BAUTISTA, «Supuestos iusnaturalistas en el pensamiento de Savigny», en *Anales de la Universidad de Murcia*, 1958-1959, vol. XVII, 1, págs. 53-78; ANTON-FRIEDRICH-JUSTUS THIBAUT (1774-1840), «Über des Einfluss der Philosophie auf die Auflegung der positiven Gesetze», en *Versuche über einzelne Teile der Theorie des Rechts*, segunda edición, Jena, 1817, volumen I, págs. 174 y sigs.

abstracción intelectualista¹⁹⁹), favorecieron el desarrollo de la tendencia a favor del desquite y la recuperación —en algunos casos mitificación— de la conciencia histórica²⁰⁰, y la toma de conciencia de la dimensión histórica de las actividades humanas²⁰¹. Al hacerlo desarrollaron y completaron algunas de las concepciones que ya habían sido apuntadas, o al menos inicialmente abordadas por el tantas veces invocado Edmund Burke.

Bastaría con reseñar aquí de un modo muy especial: a) la defensa de la historia contra el proyecto revolucionario de reconstrucción y constante puesta en cuestión del orden social, b) la noción del desarrollo orgánico del pueblo como unidad de pertenencia que subsiste aun a pesar de los cambios y contingencias, y se transmite a través de las sucesivas cadenas de generaciones; noción dotada de una experiencia unificada e inseparable del medio específico en el que se produce —que tanto recuerda a la idea del propio Edmund Burke acerca de la perennidad de un orden jurídico básico, constitutivo o fundamentador del Estado, el cual deba convertirse «en una asociación» («Postnershf») [no sólo a los actualmente vivos, sino tanto a los vivos y a los muertos, como a todos aquellos que habrán de nacer en el futuro²⁰²; la historia pues no es sólo una simple narración o exposición explicativa del pasado, sino una dimensión ontológica del ser de las cosas, en la medida que no deja de manifestarse como una fuerza espontánea y creadora de formas en su aparición y desarrollo²⁰³—, así como c) su visión del Estado y del Derecho como productos comunitarios²⁰⁴,

¹⁹⁹ ALFRED DUFOUR, «Savigny y el pensamiento del siglo XVIII», en *Persona y Derecho* (Universidad de Navarra, Pamplona), vol. VIII, 1981; ID., «Droit et language dans l'Ecole historique du Droit», en *Archives de Philosophie du Droit* (Editions Sirey, Paris), tomo XIX, 1974, págs. 151-180; ID., «Rationnel et irrationnel dans l'Ecole du Droit historique», en *Archives de Philosophie de Droit* (Editions Sirey, Paris), tomo XXIII, 1978, págs. 147-174; GUIDO FASSÒ (1915-1974), *Storia della filosofia del diritto* (1970), vol. III: *Ottocento e Novecento*, ob. cit., ed. cit., págs. 43-44.

²⁰⁰ HAYDEN WHITE, *La imaginación histórica entre la metáfora y la ironía*, Capítulo I de ID., «Metahistoria. La imaginación histórica en la Europa del siglo XIX», ob. cit., trad. cit., ed. cit., págs. 53-85, la cita en pág. 85.

²⁰¹ JULIEN FREUND (n.1921), *Las Teorías de las ciencias humanas*, trad. cast. de Jaume Fuster de la edición original francesa, *Les théories des sciences humaines* (Presses Universitaires de France, Paris, 1973), Ediciones Península, Barcelona, julio de 1975, pág. 27.

²⁰² EDMUND BURKE, *Reflections on the Revolution in France* (1790), «Introducción» de Cruise O'Brien, Penguin Books, London, 1983, pág. 194; RUSSEL KIRK, «Introduction» a Edmund Burke, *Reflections on the revolution in France*, Gateway, Los Angeles (California), 1995; JOAQUÍN VARELA SUANZES, «La doctrina de la Constitución histórica: De Jovellanos a las Cortes de 1845», en *Revista de Derecho Político* (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid), núm. 39, Madrid, 1984, págs. 45-89, la cita en pág. 55.

²⁰³ JULIEN FREUND, «La escuela histórica», en ID., *Las Teorías de las ciencias humanas*, ob. cit., trad. cast. cit., págs. 3-36, la cita en pág. 31.

²⁰⁴ ROGER AYRAULT, *La Genèse du romantisme allemand*, Aubier-Montaigne, Paris, 1961, tomo I.

que no pueden definirse, ni entenderse en un sentido pleno fuera de una determinada «Weltanschauung», y no pueden ser elaborados por una razón abstracta, sino que se forman, al igual que lo hacen el lenguaje y otros productos culturales singularizadores de las raíces comunitarias, en la historia viva de la propia comunidad.

No es difícil ver en estos y en otros muchos textos lo que bastantes historiadores y analistas han calificado de un anticipo, o de un ensayo general de la concepción de autores como Norbert Gürke, cuando en «Volk und Volkerrecht»²⁰⁵ sostiene que «nada es un Estado sin nación, obra artificial sin alma; del mismo modo que nada es una nación sin Estado, alma sin cuerpo», o del discípulo del esotérico²⁰⁶ portavoz del neohegelianismo en la filosofía del derecho centroeuropea en la primera mitad del siglo XX Julius Binder (1870-1939), Karl Larenz (1903-1993) en el momento en que, con la Escuela de Kiel (Georg Dahm y Friedrich Schaffstein) invocando el pensamiento de un orden concreto y el concepto de «Volksgemeinschaft» («comunidad viva del pueblo») aportaba elementos para la crítica de las teorías individualistas del Derecho y del Estado, y su repertorio de conceptos, desde la «irrupción de la idea nacional del Estado y la construcción de una metafísica concreta del Derecho y del Estado»²⁰⁷, la construcción de una filosofía jurídica nacional-socialista —que p...tiese «poner toda expresión de la vida intelectual y social de un pueblo a tono con el ritmo de una máquina política, y de ajustar todo pensamiento y toda acción humana al lecho de Procusto de un cartabón prescrito por el Estado»²⁰⁸— y proponía suprimir el abismo, y hasta la distancia, por reducida

²⁰⁵ NORBERT GÜRKE, *Volk und Volkerrecht. Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart*, vol. V, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1935.

²⁰⁶ KARL LARENZ, «Rechtsperson und subjektives Recht», en el volumen colectivo, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935; ID., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. cast. de Enrique Gimbernat Ordeig, del original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Springer Verlag, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960), Editorial Ariel, Esplugas de Llobregat (Barcelona), 1966, pág. 118; ID., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. cast. de Marcelino Rodríguez Molinero, segunda edición definitiva, del original alemán, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (cuarta edición, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 1979), Editorial Ariel, Sant Joan Despí (Barcelona), septiembre de 1980, pág. 124: «lo que hace tan difícilmente comprensibles sus obras es, en primer lugar, el exceso de divisiones polémicas, y, en segundo lugar, la caprichosa terminología y el frecuente cambio del propio punto de vista».

²⁰⁷ KARL LARENZ, *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, trad. cast. de la segunda edición en lengua alemana (abril de 1935) y «Escrito Preliminar» de Eustaquio Galán y Gutiérrez y Antonio Truyol y Serra (1913-2003), con un «Prólogo» de Luis Legaz y Lacambra, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, pág. 19.

²⁰⁸ RUDOLF ROCKER, «Prefacio a la edición (en lengua) inglesa» (septiembre de 1936), en ID., *Nacionalismo y cultura*, trad. cast. de Diego Abad de Santillán, La Ediciones de la Piqueta, Madrid, 1977, págs. 9-16, la cita en pág. 9.

que esta fuere, entre el Pueblo y el Derecho, mediante la asunción de una concepción del Derecho que lo entiende como «orden de vida estrechamente unido con la vida moral y religiosa de una comunidad concreta, que representa una vinculación interior de los individuos, con pretensión propia de validez frente a ellos»²⁰⁹, y con el redescubrimiento y revalorización plena del concepto «espíritu objetivo». «Espíritu objetivo» que sólo puede ser captado en su sentido más genuino en el ámbito de una comunidad concreta, determinada por la sangre y el destino común, lo que conduce a entender al Derecho como una manifestación no menor de ese espíritu objetivo, como una parte significativa de la comunidad, entre cuyas funciones la fundamental consistiría en exaltar y suministrar títulos de identidad a esa comunidad de la que nace, y en la que se desarrolla²¹⁰. Momento en el que Karl Larenz llega a concluir, lo que terminaría siendo desmentido por el curso posterior que siguió el debate de las ideas jurídicas, que «en la filosofía jurídica alemana, el positivismo y el neokantismo pertenecen ya definitivamente al pasado»²¹¹, tomando claras distancias frente al racionalismo «que se obstina — sostiene — en permanecer en la noche llamada Ilustración»²¹², en una postura que en la práctica fue una entrega sin condiciones al irracionalismo de la época, y a todo lo que este concluyó trayendo.

Muchos intérpretes han sugerido la existencia en todos estos autores de la Escuela Histórica del Derecho —en lo que la corriente tiene de reacción en dos frentes: contra el materialismo mecanicista y contra el racionalismo artificialista— de una anticipadora percepción de la «Wirking-zusammhang» («estructura de la experiencia», bien cierto es que sin que llegasen a acuñar todavía el rótulo)²¹³ como «conexión significativa» pro-

²⁰⁹ KARL LARENZ, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, J. C. B. Mohr Paul Siebeck, Tübingen, 1934.

²¹⁰ MANUEL GARCÍA PELAYO, «Nota bibliográfica» a la obra de Karl Larenz citada en la nota anterior, en *Revista de Derecho Público* (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid), Año IV, núm. 48, diciembre de 1935, pág. 384.

²¹¹ KARL LARENZ, *La filosofía alemana del Derecho y del Estado después de 1935*, trad. castellana del artículo publicado en la revista alemana *Forschungen und Fortschritte*, núms. XXIX-XXX de 1940 a cargo de EUSTAQUIO GALÁN Y GUTIÉRREZ y ANTONIO TRUYOL Y SERRA, en *Investigación y Progreso* (Madrid), enero y febrero de 1941, publicado como «Apéndice», a Karl Larenz, *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, ob. cit., ed. cit., trad. cit., págs. 201-227, la cita en pág. 203.

²¹² GUSTAV RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, trad. cast. (1933) de José Medina Echevarría (de la tercera edición alemana, *Rechtsphilosophie*), cuarta edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 4.

²¹³ ISAAH BERLIN (1909-1997), *Conceptos y categorías*, trad. de F. González Aramburo, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pág. 232; ID., *Contra la corriente*, trad. de H. Rodríguez Toro, Fondo de Cultura Económica, México, 1983; WILHELM DILTHEY,

pia tanto de los complejos como de los objetos culturales, y hasta del sistema completo del espíritu-objetivo de la que nos hablará en extenso con el tiempo Wilhelm Dilthey (1833-1911) y los diltheyanos, ofreciéndonos una vía regia para poder entender la Historia y aprehender la realidad de un modo más adecuado que aquél que nos brindaban los sistemas puramente racionalistas o conceptistas²¹⁴.

Fue sin duda un sedicente²¹⁵ y cínico kantiano²¹⁶ —al decir del mago de Tübingen, Ernst Bloch— el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Göttingen, Gustavo Hugo, opuesto a la visión atomista y contractualista del Derecho y del Estado típica de la tradición iusnaturalista existente hasta entonces²¹⁷ —el primero en presentar, desde el relativismo jurídico total²¹⁸, una concepción sistemática del Derecho como fe-

«Der Aufbau der geschichtliche Welt in den Geisteswissenschaften I», en *Abhandlungen der Preuss. Ak. der Wissenschaft*, 1910; ID., *Gesammelte Schriften*, edición de GEORG MISCH et alii, vol. I-XIX, 1913-1982; JOSÉ FERRATER MORA (1912-1991), «Dilthey y sus temas fundamentales», *Revista Cubana de Filosofía* (La Habana), vol. V, 1949, págs. 4-12; H. V. LESSING, *Die Idee einer Kritik der historischen Vernunft Wilhelm Diltheys erkenntnistheoretisch-methodologische Grundlegung der Geisteswissenschaft*, 1984.

²¹⁴ DIEGO GRACIA, *Las afinidades electivas*. Zubiri y Laín, en el volumen colectivo de DIEGO GRACIA, PEDRO CEREZO GALÁN, JOSÉ-LUIS PINILLOS, CARLOS SECO SERRANO, IGNACIO BUSTELO, ALFONSO ÁLVAREZ BOLADO, OLEGARIO GONZÁLEZ DE CARDEDAL y ANDRÉS AMORÓS, *La empresa de vivir. Estudios sobre la vida y la obra de Pedro Laín Entralgo*, Biblioteca Pedro Laín Entralgo, dirigida por Diego Gracia, coedición del Instituto de Estudios Turolenses, de la Diputación de Teruel y del sello editorial Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2003, págs. 107-126, la cita en pág. 114.

²¹⁵ ERNST BLOCH (1885-1977), *Derecho natural y dignidad humana*, trad. cast. de Felipe-Eduardo González Vicén, del original en lengua alemana *Naturrecht und menschliche Würde* (Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1961), Aguilar, SA de ediciones, Madrid, 1980, pág. 80; IRING FETSCHER, «Ein grösser Einzelgänger», en *Über Ernst Bloch*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1968, págs. 104 y sigs.

²¹⁶ F. M. BARNARD, «Aufklärung und Mündigkeit: Thomasius, Kant und Herder», en *Deutsche Vierteljahrsschrift*, vol. LVII, 1983, págs. 278-297; ERNST BLOCH, *Derecho natural y dignidad humana*, ob. cit., trad. cit., ed. cit., pág. 185; JOSÉ ANTONIO GIMBERNAT ORDEIG, «Introducción a Ernst Bloch, un filósofo marxista», en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales* (Instituto de Técnicas Sociales, Madrid), vol. XX, septiembre de 1977, págs. 53-66.

²¹⁷ FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ, «Naturrecht und Rechtsphilosophie. Los incios del positivismo jurídico en Alemania», en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid), Nueva Epoca, tomo III, 1986, págs. 343-398, la cita en pág. 370.

²¹⁸ ERNST BLOCH, *Derecho natural y dignidad humana*, ob. cit., trad. cast. cit., ed. cit., pág. 190; KARL MARX, «Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule», en *Rheinische Zeitung*, núm. 221, del nueve de agosto de 1842, reimpresso en KARL MARX (1818-1883) y FRIEDRICH ENGELS (1820-1895), *Werke*, Dietz Verlag, Berlin, 1981, vol. I, págs. 79-85; hay trad. cast. de J. C. Gavera, «El manifiesto filosófico de la Escuela histórica del derecho», en el volumen de POMPEU CASANOVAS y JOSÉ-JUAN MORESO (editores), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Grupo Editorial Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1994, págs. 49-59.

nómeno histórico, variable en función de las condiciones de tiempo y espacio, a la vez que expresión más o menos mediata de la conciencia popular. Concepción en parte sustancial destinada a impugnar la construcción jurídica «a priori», labor que aborda de manera decidida en su *Lehrbuch der juristen Encyklopädie* («Tratado de Enciclopedia jurídica», 1792 —la primera edición es de 1790—).

Publicación en la que Gustav Hugo, jurista de transición entre una cultura jurídica de orientación iusnaturalista y una cultura de orientación histórica²¹⁹, en línea con la Escuela de Göttingen²²⁰, auténtica forja de estudios históricos, en cuyo ámbito se había formado y cuyo espíritu empírico, escéptico y pragmático le había conformado básicamente²²¹, y determinado su desde entonces constante atención privilegiada a las fuentes —«No hay nada mejor que el estudio de las fuentes como antídoto contra la pedantería escolástica y el respeto ciego de la tradición»²²²— pero desarrollando hasta sus últimas consecuencias lo que en esta tenía tan sólo la condición de destellos aislados y ocurentes apuntes, pero todavía, eso sí, dentro de la tradición del pragmatismo histórico y del empirismo en que se movieron G. Achenwall (1719-1772), A. L. von Schölzer (1735-1809), L. Th. Spittler (1752-1802), Johann Friedrich Reitemeier (1775-1839) y J. Stephan Pütter (1725-1807)²²³ concluirá haciendo suya la idea de su maestro J. St. Pütter en cuya virtud se entiende que el derecho positivo se encuentra dotado de una legitimación-justificación de su propia existencia y de sus pretensiones de obligatoriedad «a posteriori». Legitimación que derivará del mismo hecho de su existencia: «las leyes tienen su fundamento en la condición concreta del Estado para las que fueron creadas»²²⁴.

En el propio Pütter se había desarrollado con anterioridad el argumento a favor de considerar que el único dato absoluto en la experiencia jurídica en cada momento, es el derecho positivo: cada pueblo posee un Derecho propio que lo singulariza como comunidad diferenciada, un De-

²¹⁹ GIULIANO MARINI, «Friedrich Carl von Savigny», Colección *Gli Storia*, Guide Editore, Napoli, 1978, pág. 35; ID., *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1966.

²²⁰ WILHELM EBEL, *Gustav Hugo, Professor in Göttingen*, Göttingen, 1964; A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 ed il 1802*, Cedam, Padova, 1962, págs. 362-377.

²²¹ GIULIANO MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, ob. cit., ed. cit., págs. 35-43, la cita en pág. 35.

²²² GIULIANO MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, ob. cit., ed. cit., págs. 35-43, la cita en pág. 38.

²²³ GIULIANO MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, ob. cit., ed. cit., págs. 35-43, la cita en págs. 14 y sigs.

²²⁴ J. ST. PÜTTER, *Neuer Versuch einer juristischen Enzyklopädie und Methodologie*, ob. cit., ed. cit., págs. 69-70.

recho que es fruto de una serie de factores igualmente propios y vinculados a sus peculiares condiciones de vida, cultura y tradiciones, por lo cual en principio ningún Derecho positivo puede servir de modelo o de pauta a los demás derechos positivos²²⁵. Convicción muy propia de quien como él estaba persuadido de que el Derecho se asentaba siempre sobre una sólida base cultural propia. De tal manera que el Derecho responde a «la historia del Estado y se adecúa a los diferentes grados de desarrollo cultural y a las condiciones de la situación y mudanzas de la nación en la muchedumbre popular, la magnitud es territorial, el bienestar y la pobreza, el poderío y la decadencia, la rudeza y el refinamiento, en el florecimientos de los saberes y en la incultura, forman el basamento sobre el cual se edifica, al igual que si fuese el suelo propio, la historia de las leyes»²²⁶.

Gustav Hugo reitera repetidamente en el conjunto de su obra la conocida tesis: «No es posible conocer, a través de un conocimiento del tipo de conocimiento «a priori», el conjunto de los principios jurídicos que rigen la vida de un pueblo, ni son puramente generales, ni necesarios, ni se nos manifiestan como si viniesen dados de una vez por todas, con la sana razón; sino que en realidad se trata de principios siempre empíricos, variables, conformados a las condiciones de tiempo y lugar, contingentes, y aprehendibles mediante la experiencia propia y ajena de los hechos concretos; es decir, los principios son siempre principios históricos»²²⁷.

Cuestión que vuelve a abordar, esta vez de manera más concluyente, en el emblemático volumen *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts* («Tratado de Derecho Natural como una Filosofía del Derecho positivo», Berlin, 1798), que le constituye en el gran delbelador de la tradición del Derecho Natural y en el autor que propicia e impulsa el tránsito del iusnaturalismo racionalista al positivismo jurídico²²⁸.

²²⁵ J. ST. PÜTTER, *Neuer Versuch einer juristischen Enzyklopädie und Methodologie*, Göttingen, 1767, págs. 22 y sigs.; ID., *Entwurf einer juristische Enzyklopädie und Methodologie*, 1957; FRANZ WIEACKER, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. cast. de Francisco Fernández Jardón, del original *Privatrechts Geschichte der Neuzeit unter besonderer berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (Vandehoeck und Ruprecht, Göttingen, 1951), Aguilar S.A. de Editores, Madrid, 1957, pág. 335; ID., «Friedrich Carl Savigny», en *Gründer und Bewahrer*, Vandehoeck und Ruprecht, Göttingen, 1959.

²²⁶ JOHANN FRIEDRICH REITEMEIER, *Encyklopädie und Geschichte der Rechte in Deutschland*, Göttingen, 1785, pág. 24.

²²⁷ F. FICHENGRUND, *Die Rechtsphilosophie G. Hugo*, 1935; FRITZ VON HIPPEL, *G. von Hugos Arbeitsplan*, 1931; GUSTAV HUGO, *Lehrbuch der juristischen Enzyklopädie* (1792), quinta edición, Berlin, 1817, pág. 33; GIULIANO MARINI, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1969, págs. 133 y sigs.; H. WEBER, *Gustav Hugo*, 1933.

²²⁸ FELIPE-EDUARDO GONZÁLEZ VICÉN, «La crítica de Marx a la escuela histórica», en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales* (Instituto de Técnicas Sociales, Madrid), septiembre

El propio Gustav Hugo había abordado en clave historicista, y en el plano del Derecho, el tratamiento de la tensión sistemática que resulta inherente al concepto kantiano de forma, y se había centrado en la crítica contra el iusnaturalismo racionalista y el «usus modernus-pandectarum» que había desarrollado Samuel Stryk (1640-1740), su auténtica «bête noir», a quien objeta la utilización de los principios del derecho romano sin ponderar al hacerlo su diferente posición histórica, y su privilegiada atención a las necesidades de la práctica jurídica, y a las utilidades del derecho romano para el conocimiento del derecho vigente. Con todo, difícilmente se pueden plantear las cosas más en claro. En su «Lehrbuch der juristischer Encyclopädie» (1792) reclama la persistencia de centrarse en el estudio del derecho positivo, que pasa a ser el objeto propio del conocimiento jurídico en el tránsito del siglo XVIII al siglo XIX. Un Derecho contingente, que cambia en el tiempo y en el espacio: «a posteriori», empírico, distinto según las condiciones de tiempo y lugar, causal y sólo inteligible por la experiencia propia y ajena que se puede tener de los hechos». Términos que anticipan los que, desde su distancia al kantismo, expresara en 1821 Nicolacus Falck en el capítulo XVIII de su *Juristische Encyclopädie*: «El conocimiento del Derecho sólo se consigue, al igual que en otras tantas ciencias, mediante la observación y la experiencia y a través también de la lectura de los libros jurídicos». Si bien todavía en la autorrealización o consumación del Derecho en las relaciones sociales como hecho histórico por obra del legislador.

Por su parte, y como es notorio, el portaestandarte²²⁹ y más reconocido artífice del movimiento – cuyo nacimiento oficial como escuela se vio sancionado entre 1814 y 1815²³⁰; es decir, en la que el profesor de la Universidad de Turin Gioele Solari (1872-1932) propuso llamar «fase de formación» de la corriente²³¹, entre la publicación de opúsculo *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Acerca de la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia jurídica, 1814), y la Intro-

de 1981, núm. 43-44, págs. 3-24, la cita en pág. 5; ID., «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo», en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid), vol. VIII, 1961, págs. 47-75.

²²⁹ ALESSANDRO PASSERIN D'ENTRÈVES, *Derecho Natural*, trad. cast. de Mariano Hurtado Bautista, del original en inglés *Natural Law: an introduction to legal philosophy* (Hutchinson & Co, London, 1951, novena reimpresión de 1967), Aguilar, SA de Ediciones, Madrid, 1972, pág. 127.

²³⁰ SANDRO MEZZADRA, «Della necessità all'occasionalità del positivo. Figure della giuspublicistica tedesca di Savigny a Jellinek», en *Materiali per una storia della cultura giuridica* (Società Editrice Il Mulino, Bologna), año XXVII, núm. 1, junio de 1997, págs. 53-88, la cita en pág. 55.

²³¹ GIOELE SOLARI, *Filosofía del diritto privato*, vol. II: «Storicismo e diritto privato», G. Giapichelli Editore, Torino, 1971, págs. 162 y sigs. (hay edición anterior, del año 1940).

ducción-presentación «Über den Zweck dieser Zeitschrift» («Acerca del objeto de esta revista») de la «Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft» («Revista para el estudio histórico de la ciencia del derecho», 1815) que había fundado junto con los germanistas K. F. Eichhorn (1781-1854)²³² y J. F. Goeschen con el propósito de llevar su concepción científica y los fundamentos teóricos de la nueva escuela a las diversas esferas del derecho —Friedrich Carl von Savigny, la estrella más brillante que haya podido ostentar la jurisprudencia alemana²³³, quien inaugura la concepción propiamente historicista, se ocupó de desplegar con mayor amplitud y eficacia lo que en Gustav Hugo las más de las veces eran sólo deslumbrantes apuntes o intuiciones fugaces que requerían de la oportuna fundamentación y del correspondiente desarrollo. Formulará así la idea de la «historiografía genética», que brillaba por su ausencia en el precursor Hugo, y cuyas raíces últimas habían sido asentadas por el teólogo, predicador y filósofo alemán Johann Gottfried von Herder (1744-1830)²³⁴, en sus «Ideen zur Philoso-

²³² K. JELUSIC, *Die historische Methode Karl Friedrich Erchorns*, Baden-Wien-Leipzig-Bрно, 1936.

²³³ RUDOLF VON IHERING (1818-1892), «F. K. von Savigny», en *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. V, 1861, págs. 351 y sigs. (trad. cast. Savigny, en el volumen *Tres vidas ilustres: Hugo, Savigny, Ihering. Resurgimiento del derecho alemán*, Ed. de Palma, Buenos Aires, 1915, págs. 83-113; la trad. castellana de Norberto Gorostiaga se publicó posteriormente en el volumen monográfico de la *Revista de Ciencias Sociales* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, dedicada a Savigny y la *Ciencia del Derecho*, volumen XXV, 1974, págs. 67-82).

²³⁴ F. M. BARNARD, *Herder on Social and Political Culture*, Cambridge University Press, Cambridge (United Kingdom), 1969; ID., «Herder on Nationality, Humanity and History», *McGills-Queen's Studies in the History of the Ideas*, McGills-Queen's University Press, Montreal and Kingston, London e Ithaca, 2003; ID., «Natural Growth and Purposive Development: Vico and Herder», en *History and Theory*, vol. XVIII, 1979, págs. 16-36; ID., *Herder's Social and Political Thought: From Enlightenment to Nationalism*, Clarendon Press, Oxford, 1965; ID., *Self-Direction and Political Legitimacy: Rousseau and Herder*, Clarendon Press, Oxford, 1988; ROBERT T. CLARK JR., *Herder. His Life and Thought*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1955; ALEXANDER GILLIES, *Herder*, Blackwell, Oxford, 1945; J. G. HERDER, *Sämtliche Werke*, ed. de Suphen, treinta y tres volúmenes, Weidmann, Berlin, 1877-1913; ID., *Vom Selbstdenken*, ed. por Regina Otto y John M. Zammito, Synchron, Heidelberg, 2001; ID., *Obra selecta*, trad. cast. de P. Ribas, Editorial Alfaguara, Madrid, 1982; ID., *Ideas sobre la filosofía de la historia de la humanidad*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1959; H. BARRY NISBET, «Herder's Conception of Nationhood and its Influence in Eastern Europe», en ROGER BARTLETT y KAREN SCHÖNWÄLDER (editores), *The German Lands and Eastern Europe*, Macmillan, Houndmills, 1998, págs. 115-135; R. SCHIERENBERG, *Der politische Herder*, Schmidt-Dengler, Graz, 1932; CHARLES TAYLOR, «The Importance of Herder», en ID., *Philosophical Arguments*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1995; JOHN HUTCHINSON, *The Dynamics of Cultural Nationalism*, Allen and Unwin, London, 1987, págs. 37 y sigs.; HANS DIETRICH IRMSCHER, «Beo-

phie de Geschichte der Menschheit» («Ideas sobre la filosofía de la historia de la humanidad», cuatro volúmenes, 1784-1791). Obra que marca una significativa fisura en relación al pensamiento ilustrado e incluso frente a ciertas corrientes historicistas «avant la lettre»²³⁵.

Así, en J. G. Herder, de clara vocación filoromántica²³⁶, lo que eran las leyes naturales en el filósofo y jurista Giambattista Vico (1668-1744) y en el moralista, jurista, pensador, político y filósofo francés Charles Louis de Secondet Montesquieu (1689-1755) se ven sustituidas por el concreto espíritu nacional («Volkgeist») que conduce a cada pueblo a lo largo de un recorrido de desarrollo independiente y creador, que debe ser comprendido a través de su propia sensibilidad nacional («National-gefühl») y no por referencia a una idea invariable de la naturaleza humana²³⁷. La humanidad en general²³⁸, sólo puede realizarse en la especificidad propia de cada pueblo y de cada nación, entidad está cerrada sobre sí misma que, pese a su especificidad, representa a la Humanidad por el hecho de constituir un hecho concreto de la misma, o un ejemplo cuya realización le incumbe²³⁹. Lo más significativo de cada una de las distintas civilizaciones se encuentra, y debe tratar de buscarse allí, en las particularidades que la

bachtungen zur Fiktion der Analogie in Denken Herders», en *Deutscher Vierteljahrsschrift für Literatur und Geistesgeschichte*, vol. LV, 1981, págs. 64-97; HEINZ MEYER, «Überlegungen zu Herders Metaphern für die Geschichte», en *Archiv für Begriffsgeschichte*, vol. XXV, 1982, págs. 88-114; WALTER MOSER, «Herder's System of Metaphors in the Ideas», en W. KÖPKE y S. B. KNOLL (editores), *Johann Gottfried Herder. Innovator thought the Ages*, Bouvier, Bonn, 1982, págs. 102-124.

²³⁵ MARIO BRETONI, «Tradizione e unificazione giuridica in Savigny», en *Materiali per una storia della cultura giuridica* (Società Editrice Il Mulino, Bologna), vol. VI, 1976, págs. 187-213.

²³⁶ M. H. ABRAHAMS, *The Mirror and the Lamp: Romantic Theory and Critical Tradition*, Oxford University Press, New York, 1953, capítulo VII; ANDRÉS DE BLAS GUERRERO, «El modelo de nación cultural», en ID., *Nacionalismos y naciones de Europa*, Colección «Alianza Universidad», Alianza Editorial, Madrid, primera reimpresión, 1995, págs. 38-46, la cita en pág. 38; JACOB L. TALMON, *Political Messianism: the Romantic Phase*, Secker and Warburg, London, 1960, págs. 256-292.

²³⁷ ISAIAH BERLIN, *Vico and Herder. Two studies in the History of Ideas*, Hogarth Press, Chatto and Windus, London, 1976; ID., *A contre-courant*, trad. francesa, Albin Michel, Paris, 1988; ID., *Contra corriente*, trad. castellana, Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 1995; M. LILLA, *Giambattista Vico. The making of an Anti-Modern*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1993.

²³⁸ ALEXANDER GILLIES, «Herder and Masaryk: Points of Contact», en *Modern Language Review*, vol. XL, 1945, págs. 120-126; ULRICH ZEUCH, «Herders Begriff der Humanität», en *Vom Selbstdenken*, Synchron, Heidelberg, 2001, págs. 187-198.

²³⁹ F. M. BARNARD, «Self Direction: Thomasius, Kant and Herder», en *Political Theory*, vol. XI, 1983, págs. 343-368; B. WILLMS, *Idealismus und Nation. Zur Rekonstruktion des politischen Bewusstseins der Deutschen*, Paderborn, Wien, 1986; H. S. REISS, *The Political Thought of the German Romantics*, Clarendon Press, Oxford, 1955.

singularizaba, precisamente unas propiedades que habían sido ignoradas despreciativamente por la «enajenación cosmopolita» en que se había sumido la Ilustración²⁴⁰.

Finalmente habría que referirse, dentro de las aportaciones de la Escuela Histórica del Derecho, a Georg Friedrich Puchta, quien orientó decididamente la corriente hacia la actitud metódica ante el Derecho que se caracteriza por la sistemática, y que aún hoy obtiene reconocimiento y aplicación bastante generalizada en la Europa continental, la jurisprudencia de conceptos, acaso la vía más directa hacia lo que se ha presentado como un «derecho científico de juristas», apurando las consecuencias de las premisas que estaban implícitas en el pensamiento de F. C. von Savigny²⁴¹.

La jurisprudencia de conceptos («Begriffsjurisprudenz»), que llegó a ejercer un dominio generalizado en la ciencia jurídica alemana, y no sólo durante la primera mitad del siglo XIX, y que al decir de Francisco Elías de Tejada pasará a ser el primogénito de los descendientes culturales —de la escuela histórica del Derecho²⁴²—, y un paso adelante en el proceso de autonomización de la ciencia del Derecho.

En definitiva G. F. Puchta se limitaría a llevar a sus últimas consecuencias lógicas las tesis de Savigny acerca de los juristas como sustitutos de la conciencia popular en el desarrollo del Derecho, introduciendo un rigor racional deductivo que nadie con anterioridad había alcanzado a practicar en la escuela.

G. F. Puchta aportó a la doctrina de la escuela histórica del derecho, la más completa y rigurosa exposición y sistematización orgánica²⁴³ —sobre-

²⁴⁰ F. M. BARNARD, «Culture and Political Development: Herder's suggestive Insights», en *American Political Social Review*, vol. LXIII, 1969, págs. 379-397; WILL KYMLICKA, *Politics in Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2001; FRIEDRICH MEINECKE (1862-1954), *Welbürgertum und Nationalstaat: Studien zum Genesis des deutschen Nationalstaates*, editado por Hans Herzfeld, Oldenburg-München-Berlin, 1962, págs. 10-26.

²⁴¹ FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA Y SPÍNOLA, «El romanticismo en los saberes jurídicos: la escuela histórica», en ID., *Tratado de Filosofía del Derecho*, ob. cit., ed. cit., tomo II, glosa 24, págs. 560-578, la cita en pág. 564; RICHARD W. STERLING, *Ethics in a World Power: The Political Ideas of Friedrich Meinecke*, Princeton University Press, Princeton, 1958.

²⁴² FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA Y SPÍNOLA, *Tratado de Filosofía del Derecho*, tomo II, parte I: *Los valores jurídicos...*, ob. cit., vol. cit., ed. cit., pág. 569; J. G. MÜLLER, *Aus dem Herder'schen Hause*, Berlin, 1981, págs. 109 y sigs.; ANTHONY D. SMITH, *Theories of Nationalism*, Duckworth, London, 1971; ID., *Ethics Revival*, Cambridge University Press, Cambridge (United Kingdom), 1981, págs. 45 y sigs.; ID., *The Ethnic Origin of Nations*, Clarendon Press, Oxford, 1986, págs. 138-140; JOHN H. ZAMMITO, *Kant, Herder and the Birth of Anthropology*, University of Chicago Press, Chicago, 2002.

²⁴³ GUIDO FASSÒ, «Diritto (Scuola storica del)», voz de la *Enciclopedia filosofica*, Sansoni, Firenze, segunda edición, 1967, volumen II, coll. 528-530. Recogida en GUIDO FASSÒ,

abundándose respecto a sus predecesores en la analítica de la letra con una agudeza extraordinaria. Así lo vio y lo valoró Ernst Bloch: «la materia jurídica fue ordenada y reordenada como nunca lo había sido, se la purificó conceptualmente, hasta que cada sentencia judicial pudo ser tenida por una subsunción segura, pero ello al precio de abstraer *pro forma* de todo contenido jurídico... dio al derecho romano una precisión que éste no había tenido, ni entre los romanos ni en la Edad moderna, desde el siglo XVI, pero, sin embargo, lo que desde luego no había sido la intención de los romanos, este Derecho perdió toda finalidad»²⁴⁴.

La noción poético-sentimental de «espíritu del pueblo» («Volkgeist») o de «espíritu de la nación» («Nationalgeist»), que aun cuando según acreditan rigurosos trabajos recientes sobre la materia habrían surgido en la Francia del siglo XVIII bajo la fórmula «espíritu nacional» o «espíritu de la nación», presentan hoy resonancias casi exclusivamente romántico-alemanas. En todo caso no parece que tuviera la condición característica de un elemento orgánico en el «corpus» doctrinal de Savigny, al presentar en el profesor de la Universidad de Berlín, más bien todos los rasgos propios de una feliz imagen metafórica, que se mantiene deliberadamente en la poética nebulosa que le es propia a ese tipo de recursos expresivos y este parece ser el sentido que presenta en el opúsculo —escrito-manifiesto de la escuela— «Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», cuando se afirma, sin más precisiones, que el derecho tiene su origen en la convicción común del pueblo —«gemeinsame Überzeugung des Volkes». Aun no aparece la expresión «Volkgeist», término que Savigny acoge prestado de Puchta en su *System des heutigen römischen Rechts* (*Sistema de Derecho romano actual*), la obra sistemática más ambiciosa de Savigny, en ocho volúmenes, que comienza a publicar en 1840²⁴⁵.

Pero no hay duda que finalmente se convierte en el conjunto de la obra de Georg Friedrich Puchta y muy singularmente en los dos volúmenes de *Das Gewohnheitsrecht* (*El derecho consuetudinario*, Erlangen, 1828 y 1837), en una categoría jurídica con la que se identifica la convicción jurídica del pueblo²⁴⁶ —entendiendo por pueblo («Volk») la comunidad de

Scritti di Filosofia del Diritto, ed. de Enrico Pattaro, Carla Faralli y Giampaolo Zucchini, Seminario Giuridico della Università di Bologna (vol. LXXXV), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1982, vol. III, págs. 1293-1296, la cita en pág. 1294; DIETER GRIMM, «Methode als Machtfaktor» (1982), en ID., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, págs. 347-372.

²⁴⁴ ERNST BLOCH, *Derecho Natural y Dignidad Humana*, ob. cit., trad. cit., ed. cit., pág. 136.

²⁴⁵ GIULIANO MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, ob. cit., ed. cit., págs. 153-192.

²⁴⁶ ALFONSO GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, «La unidad de Europa y el Derecho Común», Discurso leído el día 29 de abril de 1963 en su recepción pública como Académico de Número, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1963, pág. 35.

un pueblo que posee su propio destino—, que pasa a ser central en su obra, y en parte le suministra la unidad lógica del sistema, al identificarlo con el sujeto mismo de la historia, y atribuirle todos los rasgos naturales de los sujetos.

George Friedrich Puchta expresó en términos cargados de una desconocida radicalidad la creencia que concibe al Derecho como manifestación de las convicciones de las que participan quienes viven en una comunidad jurídico-político determinadas²⁴⁷, así como la concepción del pueblo-nación en su condición de realidad natural y concreta, que se resiste a transformarse o introducir modificaciones como consecuencia de la acción humana. Y lo hizo no sólo, pero si fundamentalmente en los dos volúmenes de *Das Gewohnheitsrecht* (*El Derecho de la Costumbre*). El concepto de pueblo del que parte Puchta aparece liberado de todas las connotaciones limitadamente políticas que habían desarrollado al respecto los tratadistas de la Ciencia del Derecho Natural racionalista en el curso de los siglos XVII y XVIII. El pueblo es concebido por G. F. Puchta como una entidad real, constitutiva a su vez de una unidad natural, que tiene su fundamento en la común ascendencia, y expresa una afinidad entre sus integrantes, no sólo física sino también, y fundamentalmente espiritual, generada por la propia naturaleza, y basada en la concurrencia no casual de una serie de circunstancias de hecho, entre las que se identifican elementos del tipo comunidad de origen, afinidad física y espiritual, semejanza de facultades²⁴⁸. En definitiva, el pueblo-nación es entendido como un todo orgánico, en cuyo «Volkgeist» estaría integrado el conjunto de los rasgos constitutivos de la individualidad irreductible de su conciencia histórica²⁴⁹. Tal parece que es en la nación, en cada una de las distintas naciones, donde la Humanidad se corporeiza, se especifica y se concreta²⁵⁰.

Del mismo modo que ninguna filosofía puede salirse del tiempo y de

²⁴⁷ GEORG FRIEDRICH PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1938, vol. I, pág. 10; ID., *Das Gewohnheitsrecht*, vol. I, Erlangen, 1828, págs. 133-134 y 139; W. SCHÖNFELD, «Puchta und Hegel», en *Rechtsidee und Staatsgedanke. Festgabe für Julius Binder*, Berlin, 1930, págs. 1-62; BERNARD YACK, «Popular Sovereignty and Nationalism», en *Political Theory*, vol. XXIX, 2001, págs. 519-521.

²⁴⁸ GEORG FRIEDRICH PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, 1828, vol. I, págs. 133-160 (hay reedición de 1965); MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, *Derecho Natural e Historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, pág. 75.

²⁴⁹ JEAN-FRANÇOIS KERVÉGAN, «Pueblo», en PHILIPPE RAYNAUD y STÉPHANE RIALS, *Diccionario Akal de Filosofía Política*, trad. cast. de Mariano Peñalver y Marie-Paula Sarazin del original, *Dictionnaire de Philosophie Politique* (Presses Universitaires de France, Paris, 1996), Ediciones Akal, Tres Cantos (Madrid), 2001, págs. 638-641.

²⁵⁰ J. BOHNERT (editor), *Vierzehn Briefe Puchtas an Savigny*, Ruprecht und Vandenhoeck, Göttingen, 1979.

la Historia propias, por innovadoras que sean, ninguna época produce por sí misma, «ex novo», y de conformidad a un proyecto deliberado y sistemático su propia existencia, sino que esta se encuentra conectada de manera necesaria con la totalidad del pasado, al decir de Savigny en «Über den Zweck dieser Zeitschrift», «Acerca del objeto de la Revista», escrito de presentación del primer volumen del órgano de expresión de la corriente «Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft» —«Revista para la ciencia histórica del Derecho»— publicado el año 1815²⁵¹, que junto con el manifiesto-programa publicado el año anterior, «Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft» («De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho»), expresan una especie de discurso del método²⁵² y marcan la señal de salida de la Escuela, al tiempo que ofrecen la formulación sintética de las principales ideas-fuerza de la corriente²⁵³.

En base a tal convicción, una característica típica de la historia del derecho practicada en Alemania, que hunde sus raíces en las concepciones de la Escuela histórica del derecho, ha sido la supervaloración de los orígenes, en los cuales reposa generalmente, y a partir de los cuales se desarrolla poco a poco lo posterior²⁵⁴.

La escuela histórica del derecho constituye una corriente doctrinal que se inserta en el marco más amplio del pensamiento y del modo de ser romántico —modo de ser complejo y plural, que comporta, entre otras muchas exigencias y condiciones, renovados modos de ver, de pensar y de sentir²⁵⁵—. El movimiento de la Escuela histórica contribuyó a la hege-

²⁵¹ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, «Über den Zweck dieser Zeitschrift», en *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, vol. I, 1815, págs. 1-17, recogida en ID., *Vermischte Schriften*, Veit, Berlin, 1850, vol. I, págs. 108 y 114 (hay reimpresión facsimilar, Scientia Verlag, Aalen, 1968, págs. 105-127); ID., «Sobre el fin de la Revista de la Escuela histórica», en R. ATARD (editor), *La Escuela histórica del Derecho: Documentos para su estudio*, Librería Victoriano Suárez, Madrid, 1908, págs. 11-28 [recogido en Agustín Squella Narducci (editor), «Savigny y la Ciencia del Derecho», en *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso), vol. XIV, 1, 1979, págs. 55-64].

²⁵² WALTER WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann Verlag, Frankfurt am Main, 1958 (hay trad. cast., *La metodología jurídica en el siglo XIX*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981).

²⁵³ ERIK WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Rechtsgeschichte, vierte, durchgearbeitete und ergänzte Auflage*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1963, págs. 467-562.

²⁵⁴ OTTO BRUNNER, «El historiador y la historia de la constitución y del Derecho», en *Revista de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, págs. 7-25, la cita en pág. 20).

²⁵⁵ NICOLÁS ORTEGA CANTERO, *Geografía y cultura*, Colección Alianza Universidad, Alianza Editorial, Madrid, 1987, pág. 30; OCTAVIO PAZ, *Los hijos del limo. Del romanticismo a la vanguardia*, Ed. Seix Barral, tercera edición, corregida y ampliada, Barcelona, 1981, págs. 224-225.

monía cultural del romanticismo de una forma tan importante, que me atrevo a considerar al movimiento como una de los más importantes fuentes doctrinales de la corriente romántica²⁵⁶. Sobre todo con su valoración de la historia respecto de la razón, y del pueblo como totalidad natural respecto de los individuos, a las que habrá que añadir su concepción histórica original del Estado, fruto de la continuidad de las generaciones y manifestación orgánica sensible de la comunidad espiritual de cada pueblo²⁵⁷. El pensamiento romántico desplegaría todo un vasto y complejo movimiento, que ambicionaba abarcar la totalidad de los ámbitos de la vida, de la experiencia y de las creaciones artísticas y culturales, al mismo tiempo que se vanagloriaba de haber redescubierto el valor y la importancia del pasado²⁵⁸.

²⁵⁶ CARL SCHMITT (1888-1985), *Romanticismo político* (del original en lengua alemana, München, 1919), trad. italiana de Carlo Galli, Coll. *Civiltà del diritto*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1981; ID., *Politische Romantik*, cuarta edición, Duncker und Humblot, Berlin, 1982.

²⁵⁷ ALAIN DUFOUR, voz «Ecole du droit historique», en ANDRÉ-JEAN ARNAUD (editor), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris-Bruxelles, 1988, págs. 109-114; AUGUST WILHELM REHBERG (1757-1836), *Untersuchungen über die französische Revolution*, Hannover-Osnabrück, 1793: «la sociedad política está constituida por miembros que están en ella sucediéndose unos a otros, y no salen de ella hasta su muerte. Los individuos que forman una nación no viven de manera tal que puedan suscribir entre ellos un contrato que los incluya a todos y que determine todas sus relaciones recíprocas... Cada generación aporta los cimientos de lo que hará la siguiente, y la generación anterior no puede construir más que sobre lo que han establecido las precedentes» (la cita en págs. 50-53); G. REXIUS, «Studien zur Staatslehre der historischen Rechtsschule», en *Historische Zeitschrift*, vol. CVII, 1911, págs. 496-539; B. STOLLBERG-RILINGER, *Der Staat als Maschine. Zur politischen Metaphorik des absoluten Fürstenstaats*, Berlin, 1986; U. VOGEL, *Konservative Kritik an den Bürgerlichen Revolution. August Wilhelm Rehberg*, Darmstadt, 1972.

²⁵⁸ ERNST BEHLER (n.1928) (director), *Die Europäische Romantik*, Frankfurt am Main, 1972; ID., *Studien zur Romantik und zur idealistischen Philosophie*, F. Schöningh, Paderborn, 1988; ID. y JOCHEM HÖRISCH (editores), *Die Aktualität der Frühromantik*, F. Schöningh, Paderborn, 1987; MARIO BRETONI, «Tradizione e unificazione giuridica in Savigny», en *Dottrine storiche del diritto privato. Materiali per una storia della cultura giuridica*, recopilados por Giovanni Tarello, Società Editrice il Mulino, Bologna, volumen VI, 1976, págs. 202 y sigs.; H. BRUNSCHWIG, *Société et romantisme en Prusse au XVIII^{ème} siècle*, Flammarion, Paris, 1973; L. CLARIÉ, *Le Renard et les raisins. La Révolution française et les intellectuels allemands*, EDI, Paris, 1989; J. DROZ, *Le Romantisme politique en Allemagne*, Armand Colin, Paris, 1963; ID., *Le romantisme allemand et l'État*, Payot, Paris, 1966; ALFRED DUFOUR, «Une philosophie romantique du Droit et de l'Histoire», en *Archives de Philosophie de Droit* (Editions Sirey, Paris), tomo XIX, 1974, págs. 425-437; HANS FREYER (1887-1969), «Die Romantiker», en F. K. Mann (editor), *Gründer der Soziologie*, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1932, págs. 79-85; P. KNOPPER y G. MERLIO (directores), *Naissance et évolution du libéralisme allemand (1806-1848)*, Presses Universitaires de Mirail, Toulouse, 1995; P. LACQUE-LABARTHE y J. L. NANCY, *L'Absolu littéraire*, Le Seuil, Paris, 1978; P. PÉNISSON, *Johann Gottfried Herder*, Le Cerf, Paris, 1992; GYÖRGY

Se trata de un discurso y de una sensibilidad que penetran profundamente en la vida²⁵⁹ y en la obra de Friedrich Carl von Savigny —estimulados en parte por la reflexión que se desarrollaba en Alemania acerca de los trastornos institucionales de la Revolución francesa—, a través de las relaciones privilegiadas que éste mantuviera con el cerrado círculo romántico de Heidelberg²⁶⁰, y su mundo ideal²⁶¹ lo que explicaría la recepción en su pensamiento del elemento inequívocamente irracional de la totalidad orgánica, componente que Savigny supo relacionar felizmente con el elemento racional de sistema²⁶², no en vano se trata de un autor en el que, junto a los componentes que permiten asociarle al romanticismo, se dan bastantes de los rasgos propios del «segundo humanismo»²⁶³, y con el espíritu clásico de Weimar y Jena. Un autor que tenía bien claro, y lo manifestó con reiteración y fuerza, que el Derecho, por muy histórico y contingente que sea tiene también su unidad immanente y le concierne a la ciencia jurídica actualizar su coherencia interna: «Todo sistema conduce a la filosofía. La exposición de un sistema puramente histórico conduce a una unidad, a un ideal sobre el que se fundamenta. Y esto es la filosofía; no porque la filosofía equivalga sin más a un sistema, sino porque la filosofía es la comprensión de un ideal, de la unidad immanente a una condición histórica.

No es improbable que todos y cada uno de los componentes de la escuela histórica del Derecho estuviesen dispuestos a hacer suyo el «dictum» del magistrado y profesor Oliver Wendell Holmes, Jr. (1841-1935) cuando presentaba el conjunto de los estudios del Derecho como «un au-

(GEORG) LUKÁCS (1885-1971), *Progresso e reazione della letteratura tedesca* (1995), trad. it. de C. Cases del original, *Skizze einer Geschichte der neueren deutschen Literatur* (1953, hay tercera edición de 1963), en *Breve storia della letteratura tedesca dal Settecento ad oggi*, Milano, 1962, págs. 40-49; C. DE PASCALE, «Transformazione sociale e restaurazione in Germania: la ständische Gesellschaft nel romanticismo politico», en *Annali dell' Istituto Storico italo-germanico in Trenti*, vol. V, 1979 (publicado en 1981), págs. 153-205; L. SAUZIN, *Adam Heinrich Müller (1779-1829), sa vie, son oeuvre*, Nizet, Paris, 1937.

²⁵⁹ A. STOLL, F. K. Savigny. *Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, vol. I: *Der junge Savigny* (Berlin, 1927), vol. II: *Professorenjahre in Berlin* (Berlin, 1929) y vol. III: *Ministerzeit und letzte Lebensjahre* (Berlin, 1939).

²⁶⁰ FRANCA DE MARINI AVONZO, *Diritto Romano e Diritto Privato. Letture de F. K. Savigny*. Génova A.A. 1994-1995, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995, pág. 10; L. MITTNER, *Storia della letteratura tedesca. Dal pietismo al romanticismo (1700-1820)*, Trino, 1964, págs. 810-814.

²⁶¹ GIULIANO MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, ob. cit., ed. cit., pág. 50.

²⁶² ALFRED DUFOUR, *Droits de l' homme, droit naturel et histoire*, Presses Universitaires de France, Paris, 1991, págs. 190 y sigs.

²⁶³ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ CARANDE, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Colección «Alianza Universidad», Alianza Editorial, Madrid, 1994, pág. 93.

tobús dentro del cual se desplazan con nosotros todos nuestros antepasados»²⁶⁴.

Sabido es que una de las ideas fuerza de esta corriente se manifiesta en su convicción de que entendía que el Derecho «se encuentra» y «no se hace» o «no se crea»²⁶⁵, por lo que debiera acomodarse o seguir a la sociedad, más que guiarla, porque su fundamento radica en una vinculación de los hombres que cala en los estratos más profundos de la personalidad como miembros de una totalidad, de un organismo (pueblo) al que pertenecen y que en cierto modo las trasciende²⁶⁶. En la convicción de que el Derecho, que siempre es la expresión de un determinado universo cultural, en el que se materializa su conexión orgánica con la esencia y carácter naturales de cada pueblo, de ordinario se fundamenta en la experiencia

²⁶⁴ FRANCIS B. BIDDLE, *Mr. Justice Holmes*, Scribner, New York, 1942; ID., *Justice Holmes, Natural Law and the Supreme Court*, Macmillan, New York, 1961; N. BUXBURY, «The Birth of Legal Realism and the Myth of Justice Holmes», en *The Anglo-American Law Review*, 1991, págs. 81-100; T. GREY, «Holmes and Legal Pragmatism», en *Stanford Law Review*, 1989, págs. 787-870; KARL LOEWENSTEIN, *Beiträge zur Staatssoziologie*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1961; KARL NICKERSON LLEWELLYN, «Holmes», en *Columbia Law Review*, 485, 1935 (reeditado y revisado por su autor en el volumen *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1962, págs. 513-519); J. L. SCHWARTZ, «Oliver Wendell Holmes, the Path of Law. Conflicting Views of the Legal World», en *American Journal of Legal History*, 1985, págs. 235-250; R. S. SUMMERS, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell University Press, Ithaca-London, 1982; MARK DE WALFE HOWE, *Justice Oliver Wendell Holmes*, dos volúmenes, Belknap Press, Cambridge (Massachusetts), 1957-1963.

²⁶⁵ WOLFGANG FRIEDMANN (1907-1972), «Influencias recíprocas entre los cambios jurídicos y los cambios sociales», Capítulo Primero de ID., *El Derecho en una sociedad en transformación*, trad. cast. de Florentino M. Torner del original, *Law in Changing Society* (Stevens and Sons, London, 1959, Colección Sección de Política y Derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 1966, págs. 21-40; ID., *Law and Change in Contemporary Britain*, Stevens and Sons London, 1951; ID., *Theorie générale du droit*, trad. francesa, Colección Bibliothèque de Philosophie du Droit, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence R. Pichon y R. Durand Auzias, Paris, cuarta edición, 1965; ID., *The Changing Structure of International Law*, Columbia University Press, New York, 1964 (hay edición de 1972); ID., *An introduction to world politics*, Macmillan, London, 1951; «General Course in Public International Law», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, tomo CXXVII, 1969, vol. II, págs. 39-246; ID., *De la efficacité des institutions internationales*, trad. al francés a cargo de Simone Dreyfus, Armand Colin, Paris, 1970; ID., *La nueva estructura del derecho internacional*, trad. cast. de E. F., Editorial Trillas, México, 1967; ID., *The State and the role of law in a mixed economy*, Stevens and Sons, London, 1971; ID. (editor), *Public and private enterprise in mixed economics*, Columbia University International Legal Research Program, Stevens and Sons, Columbia University Press, London-New York, 1974.

²⁶⁶ LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, «Las estructuras sociales y el aumento de la vida administrativa», en ID., *Sociología, administración, desarrollo*, ob. cit., ed. cit., págs. 85-109, la cita en pág. 89.

cotidiana y refleja unas precisas condiciones sociales, por lo que responde, siempre con un cierto, y tal vez inevitable, retraso a los constantemente cambiantes nuevos retos generados por una realidad sometida a contingencias y mudanzas de todo género.

Ahora que, en el marco del debate en torno a la postmodernidad, la Ilustración se ha convertido en el centro de gravedad de la cultura contemporánea, dentro de la controversia que enfrenta a quienes entienden que se trata de una página ya definitivamente vuelta del pensamiento occidental —la Ilustración entendida como concepto temporal, histórico y cultural habría muerto, aunque todavía quedaría por realizar lo que fuera su programa²⁶⁷—, y los que no quieren renunciar al proyecto ilustrado, por entender que constituye una de las herencias más características del pensamiento europeo de la Modernidad²⁶⁸, es preciso identificar la otra línea argumental acerca de las relaciones entre el Derecho y el cambio social, y originariamente se mueve en el discurso ilustrado y que, en no pequeña medida, se confunde con los grandes relatos en que aquel discurso se sustentaba.

En efecto, del otro lado, *b*) habría que situar a quienes en bastantes terrenos y manifestaciones de la cultura, y, ¡como no!, también en el poliédrico ámbito del Derecho, contribuyeron al desarrollo de la secularización, de la razón crítica y de la modernidad ilustrada, al tiempo que favorecieron la acogida de bastantes de los postulados y de las muchas innovaciones que se propugnaron en el contexto intelectual e institucional de la Europa del Siglo de las Luces²⁶⁹.

En la selección, como tal nunca exhaustiva, de la nómina de quienes configuran este punto de vista sobre las relaciones entre el derecho y la innovación y el cambio social cabría citar, entre otros: a los ilustrados, con

²⁶⁷ AGAPITO MAESTRE, «¿El fin de la Ilustración?», en REYES MATÉ y FRIEDRICH NIEWÖHNER (coordinadores), Colección *Pensamiento Crítico / Pensamiento Utopico*, Anthropos Editorial del Hombre-Institución Cultural «El Brocense» de la Diputación Provincial de Cáceres, Barcelona, marzo de 1989, págs. 25-36, la cita en págs. 25-26; H. SCHNÄDELBACH, «Über historische Aufklärung», en *Allgemeine Zeitschrift für Philosophie* (Frankfurt am Main), núm. 2, 1979, págs. 17 y sigs.

²⁶⁸ REYES MATÉ y FRIEDRICH NIEWÖHNER (coordinadores), *La Ilustración en España y Alemania*, Anthropos Editorial del Hombre, Colección *Pensamiento Crítico / Pensamiento Utopico*, coeditado por la Institución Cultural «El Brocense» de la Diputación de Cáceres, Barcelona, marzo de 1989, págs. 7-9.

²⁶⁹ JOSÉ-LUIS ABELLÁN, *Historia crítica del pensamiento español*, volumen III: *Del Barroco a la Ilustración (siglos XVII y XVIII)*, Espasa-Calpe, Madrid, 1981; F. SÁNCHEZ BLANCO, *La mentalidad ilustrada*, Ediciones Taurus, Madrid, 1999; ANTONIO ELORZA, *La ideología liberal de la Ilustración española*, Editorial Tecnos, Madrid, 1970; PETER GAY, *The Enlightenment: An Interpretation. The Rise of Modern Paganism*, W. W. Norton and Company, New York, 1966.

todas sus muchas variantes y matices, a nuestros²⁷⁰ «novatores» reformistas a caballo del Antiguo Régimen y de la revolución liberal²⁷¹ que con su vida y obra, y aun cuando trabajaron en medio de los constreñimientos premodernos de la España del momento, desmintieron, al menos en parte, la tesis de la impermeabilidad hispánica a los idearios reformistas de la Ilustración europea y de la Revolución Francesa²⁷², tesis que determinó que para muchos europeos ilustrados España fuese considerado un país de misión —Gregorio Mayáns y Siscar (1699-1781)²⁷³, Pablo-Antonio de

²⁷⁰ FRANCISCO AGUILAR PIÑAL, «La Ilustración española entre el reformismo y el liberalismo», en el volumen *Homenaje a Carlos III*, Universidad Complutense de Madrid, 1989, págs. 39-51; ID., «La Ilustración española» en el Volumen colectivo edición cuidada por el propio Aguilar Piñal, *Historia Literaria de España en el siglo XVIII*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, págs. 13-39; JAVIER HERRERO, *Los orígenes del pensamiento reaccionario español*, Ediqusa, Madrid, 1971, págs. 21, 45, 107, 221, 271 y 338; FRANCISCO PUY MUÑOZ (n. 1936), *El pensamiento tradicional en la España del siglo XVIII (1700-1760). Introducción para un estudio de las ideas jurídico-políticas en dicho período histórico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, págs. 33 y sigs.

²⁷¹ MANUEL FRAGA IRIBARNE (n.1922), *El pensamiento conservador español*, Colección «Textos», Editorial Planeta, cuarta edición, Barcelona, 1984, pág. 12; JOSÉ JIMÉNEZ LOZANO, «La percepción castiza del ilustrado», en REYES MATÉ y FRIEDRICH NIEWÖHNER (editores), *La Ilustración en España y Alemania*, Editorial Anthropos, Editorial del hombre, Barcelona, 1989, págs. 146 y sigs.

²⁷² RICHARD HERR, *The Eighteenth-century revolution in Spain*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1958; MARTIN MURPHY, *Blanco White: Self-banished Spaniard*, Yale University Press, London-New Haven, 1989.

²⁷³ GREGORIO MAYÁNS Y SISCAR, *Obras Completas*, edición cuidada por Antonio Mestre Sanchís, Publicaciones del Ayuntamiento de Oliva (Valencia), cinco volúmenes, Valencia, 1983-1986; ANTONIO MESTRE SANCHÍS, *Mayáns y la España de la Ilustración*, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1990; ID., *Ilustración y Reforma de la Iglesia. Pensamiento político religioso de D. Gregorio Mayáns y Siscar (1699-1781)*, Publicaciones del Ayuntamiento de la Oliva (Valencia), 1968; ID., *Historia, Fueros y actitudes políticas. Mayáns y la historiografía del XVIII*, Publicaciones del Ayuntamiento de la Oliva (Valencia), 1970; BARTOLOMÉ CLAVERO SALVADOR, *Razón científica y revolución burguesa: planteamientos jurídicos en la Ilustración española*, en el volumen dirigido por Santiago Garma, *El científico español ante su historia. La ciencia en España entre 1750-1850*, I Congreso de la Sociedad Española de Historia de las Ciencias, Diputación Provincial de Madrid, Madrid, 1980, págs. 279-300; RICHARD HERR, *España y la Revolución del XVIII*, trad. cast. del original en inglés (Princeton University Press, 1958), Editorial Aguilar, Madrid, 1964; JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, *Curso de Historia del Derecho español*, Ediciones Darro, Granada, 1973, pág. 173; ID., JOSÉ LUIS PESET REIG, *Gregorio Mayáns y la reforma universitaria*, Publicaciones del Ayuntamiento de Oliva, Oliva (Valencia), 19785; MARIANO PESET REIG y JOSÉ LUIS PESET REIG, *La Universidad Española (siglos XVIII y XIX). Depósito ilustrado y revolución liberal*, Ediciones Taurus, Madrid, 1974; VICENTE PESET LLORCA, «La Universidad de Valencia y la renovación científica española (1687-1957)», en *Asclepio*, vol. XV, 1964, págs. 204-231; JEAN SARRAILH, *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*, trad. cast. de Antonio Alatorre, del original, *L'Espagne éclairée de la seconde moitié du XVIII siècle*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

Olavide y Jáuregui (1725-1802)²⁷⁴, Jerónimo Feijóo y Montenegro (1676-1764), Pedro Rodríguez de Campomanes (1723-1803)²⁷⁵ Gaspar Melchor de Jovellanos (1744-1811)²⁷⁶, «conservador ilustrado», hombre-puente, colofón a la vez que punto de partida²⁷⁷, quien ocupa sin disputa «posiciones de transición entre los estertores espirituales de una corriente de opinión y el alumbramiento de la nueva doctrina que ha de centrar en su derredor la atención de los futuros investigadores»²⁷⁸ a caballo de las dos Españas y al filo de los dos siglos, «claro intérprete de la naturaleza y las contradicciones de un proceso cuyo sentido armónico» pretendió inútilmente preservar, el economista español más importante de todos los tiempos»²⁷⁹, Juan-Pablo Forner (1756-1797) Luis Antonio Verney (Frade Barbadinho, Barbadinho o el Barbadiño sin más, 1713-1792, pensador volcado principalmente en la propuesta de reforma de los contenidos normativos, con el propósito de conseguir acomodar el derecho positivo a las condiciones de la época y el momento, y cuyos textos más celebrados fueron dedicados a la impugnación, en clave sarcástica, de los métodos escolásticos de enseñanza —«Verdadero método de estudiar», dos volúmenes, Lisboa, 1747—, autor cuyo pensamiento recibe una fuerte influencia italiana, donde se formó, fundamentalmente del historiador y jurista Ludo-

²⁷⁴ ANTONIO ÁLVAREZ MORALES, *La Ilustración y la Reforma de la Universidad de España del siglo XVIII*, Instituto de Estudios Administrativos, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971; FRANCISCO AGUILAR PIÑAL, *La Sevilla de Olavide, 1767-1768*, Ayuntamiento de Sevilla, Sevilla, 1996.

²⁷⁵ L. RODRÍGUEZ, *Reforma e ilustración en la España del XVIII. Pedro R. Campomanes*, Seminario Cisneros, Fundación Universitaria Española, Madrid, 1975.

²⁷⁶ MANUEL FRAGA IRIBARNE, «Jovellanos: un conservador ilustrado», en ID., *El pensamiento conservador español*, Colección «Textos», Editorial Planeta, cuarta edición, Barcelona, marzo de 1984, págs. 17-40, la citas en págs. 17 y 22; ID., *Jovellanos en la perspectiva de la sociedad española actual*, Ateneo Jovellanos, Gijón, 1980; LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *El pensamiento político del despotismo ilustrado*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953 (hay edición posterior, Sevilla, 1979).

²⁷⁷ ANTONIO JARA ANDREU, *Derecho Natural y conflictos ideológicos en la Universidad española (1750-1850)*, Instituto de Estudios Administrativos-Instituto de Administración Pública, diciembre de 1977, págs. 71-72; G. GÓMEZ DE LA SERNA, «Jovellanos entre cuatro fuegos», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 133, 1964, págs. 88 y sigs.; LUIS SÁNCHEZ AGESTA, «Jovellanos y la crisis del despotismo ilustrado», en *Archivo de Derecho Público* (Universidad de Granada), 1951, págs. 91-93.

²⁷⁸ ANTONIO ELORZA, *La ideología liberal en la Ilustración española*, Editorial Tecnos, Madrid, 1970, págs. 91 y sigs.; JESÚS PRADOS ARRARTE, «Don Gaspar Melchor fue post-mercantilista», en ID., *Jovellanos economista*, Cuadernos Taurus, Taurus Ediciones, SA, Madrid, mayo de 1967, págs. 9-12, la cita en págs. 9-10.

²⁷⁹ JESÚS PRADOS ARRARTE, *Jovellanos, economista*, Cuadernos Taurus, Taurus Ediciones, SA, Madrid, 1967, pág. 8; MANUEL COLMEIRO, *Biblioteca de los economistas españoles de los siglos XVI, XVII y XVIII*, México, 1942, con «Prólogo» de Javier Márquez.

vico Antonio Muratori²⁸⁰, Sebastiao José de Carvalho e Melo (1699-1782, el portugués del siglo de las Luces con mayor fortuna y repercusión internacional)²⁸¹, autores todos ellos, pese a sus sólidas afinidades y su identificación común con el objetivo de abrir «un camino inmenso a las esperanzas del género humano», bien diferentes, y con muy distintos techos ideológicos—, a los reformadores italianos —Ludovico-Antonio Muratori (1672-1750), Pietro Verri (1728-1797), Alessandro Verri (1741-1816), Nicola Spedalieri (1740-1795), Cesare Bonesana, marqués de Beccaria (1738-1794)²⁸², Gaetano Filangeri (1752-1788), Antonio Genovesi (1712-1769), Francesco-Maria Pagano (1748-1799)... —y a los utilitaristas— a quienes el jurista, filósofo y reformador inglés Jeremy Bentham (1748-1832) dio la primera formulación canónica en la era de las revoluciones de las colonias inglesas de Norteamérica y Francia²⁸³. Utilitarismo que suministró, durante la mayor parte del siglo XIX, la inspiración y los argumentos de la

²⁸⁰ MARIO-JULIO DE ALMEIDA COSTA, «Sintese da formação e da evolução do historiografia jurídica portuguesa do século XIII à actualidade», en *Rivista Internazionale di Diritto Comune* (Il Cigno Galileo Galilei, Edizioni di Arte e Scienza, Roma), vol. IV, 1993, págs. 191-209; ANTONIO ALBERTO B. DE ANDRA, *Verney e a cultura do seu tempo*, Coimbra, 1966; L. CABRAL DE MONCADA, «Un iluminista português do século XVIII: Luis Antonio Verney e Italia e Portugal no Settecento», en *Estudos de Historia do Direito*, Coimbra, 1950, vol. II, págs. 1 y sigs. y 153 y sigs.; ID., «Conceito e função da jurisprudência segundo Verney», en *Boletim do Ministerio da Justicia* (Lisboa), núm. XIV, págs. 5 y sigs.; ENRICO PATTARO, *Il pensiero giuridico de Ludovico Antonio Muratori: tra metodologia e politica*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974; JOSÉ-LUIS PESET y ANTONIO LAFUENTE, «Ciencia e historia de la ciencia en la España ilustrada», en *Boletín de la Real Academia de la Historia* (Madrid), tomo CLXXVIII, cuaderno II, 1981, págs. 267 y sigs.; LUIS ANTONIO VERNEY, *Verdadero método de estudiar...*, Napoli, 1746; ID., *Verdadeiro método de estudar*, dos volúmenes, Lisboa, 1747; ID., *Verdadeiro método de estudar*, trad. cast. de José Maimó y Ribes, cuatro volúmenes, Madrid, 1760.

²⁸¹ KENNETH MAXWELL, *Pombal, Paradox of the Enlightenment*, Cambridge University Press, Cambridge (United Kingdom), 1995; vid. «O Marquês de Pombal e o seu tempo», número monográfico de la *Revista de Historia de las Ideas* (Coimbra), 1982-1983, vol. II, en particular el artículo de José Antunes, págs. 143 y sigs.

²⁸² MICHEL PORRET (editor), *Beccaria et la culture juridique des Lumières. Actes du colloque européen de Genève, 25-25 novembre 1994*, Coll. Travaux d'histoire éthico-politique, Droz, Genève, 1997.

²⁸³ HERBERT L. A. HART (1907-1992), «Derechos naturales: Bentham y John Stuart Mill», en *Anuario de Derechos Humanos* (Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid), núm. 3, 1983; ID., «Entre el principio de utilidad y los derechos humanos», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Servicio de Publicaciones, núm. LIX, primavera de 1983. PHILIPPE RAYNAUD, voz, «Révolution française et révolution américaine», en FRANÇOIS FURET y MARIE OZOUF (editores), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Ed. Flammarion, Paris, 1988; JOSÉ-MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, «El utilitarismo de J. Bentham y su aplicación a la Política y al Derecho», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Servicio de Publicaciones, núm. LVIII, invierno de 1983.

gran reforma jurídica y social británica, y la principal base teórica del pensamiento social progresivo²⁸⁴.

El conjunto de estos pensadores llegaron a constituir, ciertamente que sin formalización alguna, ni siquiera como «colegio invisible», lo que el profesor de la Universidad de Strasburg III Marcel Thomann identificó como una auténtica clase política que participaba de una cultura universitaria común («raciocracia»)²⁸⁵, aun cuando presentaban, eso sí, como ya hemos apuntado, diferencias y matices de opinión que no siempre pueden ser calificados de menores. En todo caso sobrevaloraban el poder creador del hombre²⁸⁶, confiaban en la perfectibilidad humana²⁸⁷ y se identificaban apasionadamente con la ambición y la esperanza de que fuera posible el proceso de emancipación del individuo pensante²⁸⁸, la transformación de la sociedad y la regeneración de la especie, al dar por seguro que con la liberación de la humanidad de la servidumbre que a sí misma se había im-

²⁸⁴ JEAN-JACQUES CHEVALIER, «Le pouvoir et l'idée d'utilité chez les utilitaristes anglais», en *Archives de Philosophie Politique* (Paris), 1956, 1, págs. 125 y sigs.; HERBERT L. A. HART, *El nuevo desafío del positivismo jurídico* (1979), trad. cast. de Liborio Hierro Sánchez Pescabe, Francisco Laporta San Miguel y Juan-Ramón de Páramo Argüelles, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales* (Instituto de Técnicas Sociales, Madrid), número 36, mayo de 1980, págs. 3-18, la cita en pág. 3.

²⁸⁵ NORMAN HAMPSON, ROY PORTER y MIKULIS TEICH (editores), *The Enlightenment in National Context*, Cambridge University Press, Cambridge (United Kingdom), 1981; MONA OZOUF, *L'homme régénéré. Essais sur la Révolution française*, Paris, 1989, págs. 116 y sigs. y 211 y sigs.; MARCEL THOMANN, «Histoire de l'idéologie juridique au XXII^e siècle», en *Archives de Philosophie du Droit* (Editions Sirey, Paris), tomo IX, 1974, pág. 140.

²⁸⁶ MIGUEL REALE (n.1910), «El Derecho como hecho histórico o social», Capítulo II de ID., *Fundamentos del Derecho*, trad. cast. de la segunda edición brasileña a cargo de Julio O. Chiappini, del original *Fundamentos di direito* (Revista dos Tribunais Ltda, Sao Paulo, 1972), con «Introducción» de Theophilo Calvacanti Filho, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1976, págs. 37-72, la cita en pág. 37.

²⁸⁷ Ciertamente que su valoración de la misma es bien diversa de la que ofrecen los popes y portavoces incansables del surrealismo PAUL ELUARD (pseudónimo de Eugène Grindel, 1895-1952) y ANDRÉ BRETON (1896-1966) en *La immaculada concepción*. Vid. al respecto ANDRÉ BRETON y PAUL ELUARD, *La immaculada concepción*, trad. cast. de Alejandro Pizarnik del original en francés *L'immaculée conception* (Pierre Seghers Editeur, 1961), Ediciones de la Flor, Buenos Aires, octubre de 1972, pág. 78: «La idea del devenir. La perfectibilidad del humano, hemos pensado mucho en esta suerte de caza del oso en las montañas que se socavan a sí mismas antes de volverse montañas que se socavan a sí misma y son después de todo montañas».

²⁸⁸ K. SCHOLDER, «Gründzuge der theologischen Aufklärung in Deutschland», en *Geist und Geschichte der Reformatio*, Walter de Gruyter, Berlin, 1966, págs. 460 y sigs.; FRIEDRICH VALJAVEC, *Historia de la Ilustración en Occidente* (1961), trad. cast. de J. A. Collado, Editorial Rialp, Madrid, 1964, págs. 19 y sigs.; HELMUT SERDEL, «Philosophische-historische Bemerkungen zum Begriff Aufklärung», en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* (Berlin), vol. XXVIII, 1980, págs. 1371 y sigs.; PETER STRASSER, «Aufklärung über die Aufklärung», en *Rechtstheorie* (Berlin), 1982, IV, págs. 103 y sigs.

puesto, la especie humana alcanzará la felicidad, lo que concluirá por conducirnos, con independencia del tiempo que fuera preciso para conseguirlo, a un mundo regido por los principios de la razón, de las ciencias, del progreso mental y moral y de la plena civilidad²⁸⁹.

Con todo, desde una concepción inequívocamente voluntarista²⁹⁰, ficcionalista y deductivista²⁹¹ hacia el derecho positivo²⁹² que rebosa energía, «vanidad del entendimiento»²⁹³ y convicción, fiel a la creencia en la estructura abierta del porvenir humano, y al convencimiento de que es posible organizar la sociedad de otra manera²⁹⁴, concordaban a la hora de considerar, frente a los historicistas, que el Derecho era un instrumento que se revelaba particularmente idóneo para el progreso general²⁹⁵, la modernización y la reforma social.

Incurrían de este modo, sin duda, en el tercero de los peligros que, en la enumeración propuesta al respecto por Boris Mirkine Guetézvitch, de siempre han acechado al Derecho internacional público y a su tratamiento doctrinal: el *futurismo*, propio de quienes interpretan el derecho de hoy ateniéndose al sistema jurídico de mañana. Dirección que si bien no deja de hacerse acreedora de todas las simpatías de los espíritus liberales y pacifistas, resulta en parte recusable por el logicismo y el antihistoricismo

²⁸⁹ MARK LILLA, *Gian Battista Vico: the Making of an Anti-Modern*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1993; J. SCHMIDT (editor), *Aufklärung und Gegenauflklärung in der europäischen Literatur, Philosophie und Politik von der Antike bis zur Gegenwart*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1989.

²⁹⁰ NANCY L. ROSENBLUM (n. 1947) (editora), MARTA MINOW (n. 1950), *Breaking the cycles of hatred: Memory, law and repair*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2002.

²⁹¹ MIGUEL REALE, «El Derecho como hecho histórico o social», en ID., *Fundamentos del derecho*, ob. cit., ed. cit., trad. cast. cit., págs. 37-38.

²⁹² MARIO A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Edizione di Comunità, Milano, 1966, pág. 13; ID., *Il positivismo giuridico inglese: Hobbes, Bentham, Austin*, A. Giuffrè Editore, Milano, 1992.

²⁹³ GEORGE WILHELM FRIEDRICH HEGEL (1770-1831), *Lecciones sobre filosofía de la religión*, trad. cast. de Ferrara del original, *Vorlesungen über die philosophie der Religion* (publicado en los volúmenes XI y XII —cuidado por Ph. Markheinke— en la primera edición póstuma de sus obras completas en diecinueve volúmenes, 1832-1887), a cargo de K. L. Michelet, J. Schulze, L. Von Henning, L. Boumann, Ph. Markeinke, Bruno Bauer y Karl Rosenkranz), Madrid, 1988, vol. III, pág. 167; JÜRGEN HABERMAS (n. 1929), «Hegels Begriff der Aufklärung», en *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1985, pág. 37 (hay trad. cast., *El discurso filosófico de la modernidad*, 1989).

²⁹⁴ DANIEL INNERARITY GRAU, *La transformación de la política*, Ed. Península, Barcelona, 2001.

²⁹⁵ LUCIO D'ALESSANDRO, *Utilitarismo morale e scienza della legislazione: Studio su Jeremy Bentham*, Guida, Napole, 1981; REINHART KOSELECK (n. 1923) y CHRISTIAN MEIER (n. 1929), *Progresso*.

que la fundamenta: «Interpreta la paz y la organización internacional del mundo como categorías lógicas, olvidando que son más bien el resultado del progreso democrático, porque solamente la democratización de la vida interna de los pueblos libres puede llevar a la Humanidad a la organización constitucional»²⁹⁶.

Domina en la mayor parte de estos autores una decidida apuesta a favor de la Codificación y el constitucionalismo, entre los propulsores más característicos de dichos instrumentos de creación normativa estaría el propio Jeremy Bentham, si bien, y como es harto notorio, no consiguió ver materializadas sus propuestas al respecto en su propio país²⁹⁷.

Persuadidos como estaban, en definitiva, de que el Derecho se encontraba dotado de óptimas aptitudes para poder llegar a funcionar como instrumento estructurador y potenciador de la conducta humana y de todas las relaciones y conflictos sociales, o para favorecer el cambio de las creencias, de actitudes y de los comportamientos asentados, siempre y cuando se adoptasen al efecto las medidas pertinentes, y se supieran anular o neutralizar los factores de ineficacia que de ordinario determinan o influyen a la hora de hacer que fracasen de las normas jurídicas²⁹⁸.

Como bien supo sintetizar el penalista y filósofo del Derecho alemán Hans Welzel (1904-1977, vinculado al neiusnaturalismo con su teoría de

las «estructuras lógico-materiales» —«sachlogische Strukturen»—, reglas objetivas que limitan el poder del legislador, ya que de transgredirlas incurriría en una contradicción lógica) en «Derecho Natural y Justicia material» («Naturrecht und materiale Gerechtigkeit», Göttingen, 1951), remitiéndose al juicio del historiador alemán del Derecho y del pensamiento jurídico Hans Thieme: «El siglo XVIII se convirtió en el siglo del Derecho Natural. La simiente lanzada por los hombres del siglo XVII trajo a sus nietos una rica cosecha: el Derecho natural se convirtió en la potencia conformadora de la vida social. Alcanzó el triunfo en las declaraciones de los derechos del hombre en América y en Francia, penetró las codificaciones austriaca, prusiana y francesa, y dominó la conciencia jurídica y social de la época... Las postrimerías del siglo XVIII trajeron consigo el triunfo de la búsqueda y de la lucha dos veces milenaria en pos de los derechos inalienables del hombre y del ciudadano. Ninguna época anterior a la época del llamado Derecho natural profano había estado tan profundamente penetrada de la convicción del poder determinante del Derecho, tanto para la vida del individuo, como para la vida de los pueblos»²⁹⁹.

En congruencia con esta fe en la ley y esta confianza en el poder transformador del Derecho, durante más de un siglo se multiplicaron los tratados de ciencia de la legislación —hasta el punto que para muchos autores y lectores de la época el Derecho era concebido esencialmente como legislación y por consecuencia la ciencia jurídica era entendida como Ciencia de la legislación («Gesetzgebungswissenschaft»), el propio Friedrich Carl von Savigny cuando imparte en la Universidad de Marburg su curso 1802-1803 dedicado a la metodología jurídica, participaba de esta convicción, que le llevaba a sostener que la interpretación constituía el momento central de la actividad científica del jurista³⁰⁰, cuatro años después, en su recensión al «Lehrbuch der Geschichte der römischen Rechts» de Gustav Hugo forjaría una nueva fórmula que expresaba lo que a partir de entonces sería su idea de fuerza: «Toda la ciencia jurídica no es más que la historia del Derecho»³⁰¹ — se popularizó, llegando a alcanzar la condición de

²⁹⁶ LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, Notas bibliográficas a las obras de BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Droit constitutionnel international* (Librairie du Recueil Sirey, Ed. Sirey, Paris, 1933) y de *Le Droit constitutionnel et l'organisation de la paix. Droit constitutionnel de la paix* (Extrait du Recueil de Cours de l'Académie de Droit international, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1934), en *Revista de Derecho Público* (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid), Año IV, núm. 40, quince de abril de 1935, págs. 127-128, la cita en pág. 127; ID., «Las garantías constitucionales del Derecho internacional», en *Revista de Derecho Público* (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid), Año II, quince de octubre de 1933.

²⁹⁷ URSICINO ÁLVAREZ SUÁREZ, «Nota bibliográfica» a *Die Zivilgesetze der Gegenwart*, vol. II, *England Zivilrecht in Einzeldarstellung*, Erster Teil (Bensheimer, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1931), en *Revista de Derecho Público* (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid), Año XIX, núm. 222, págs. 93-94, la cita en pág. 93.

²⁹⁸ MARÍA BORUCKA ARETOWA (n. 1921), «Innovation through Law in the System of Social Planning», en *Law and Future of Society*, Institute of State and Law of the Politic Academy o Sciences, Warsaw, 1977, págs. 45-67; PETER INGRAM, «Effectiveness», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Franz Steiner Verlag, Wiesbaden), vol. LXIX, núm. 4, 1983, págs. 448-503; STANLEY MILGRAM, *Obedience to Authority: An Experimental View*, Tavistock, London, 1974; ID., «The behavioral study of obedience», en *Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol. LXVII, 1963, págs. 467-472; ID., «Issues in the study of obedience: A reply to Baumrind», en *American Psychologist*, vol. XIX, 1964, págs. 848-862; RAMÓN SORIANO, *Sociología del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1997, págs. 44-45 y 412-414; MAX RHEINSTEIN, «Process and change in the cultural spectrum coincident with expansion government and law», en C. H. KRAELING y R. M. ADAMS (editores), *City Invincible*, Chicago, 1960, págs. 117 y sigs.

²⁹⁹ HANS WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia material*, trad. cast. de Felipe-Eduardo González Vicén, del original *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1951, 1962), Aguilar, SA de Ediciones, 1957, 1971 y 1979 (tercera reimpresión), pág. 170 (*El derrumbamiento del Derecho Natural y la pervivencia de sus problemas materiales*) y 248 (*Ojeada retrospectiva. ¿Qué es lo que queda?*).

³⁰⁰ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, ed. de G. Wesenberg, Stuttgart, 1951. Como es sabido el texto transcribe los apuntes de clase de los hermanos Grimm. Vid. GIULIANO MARINI, *Jacob Grimm*, Col. «Gli Stori», Guide Editore, Napoli, 1972.

³⁰¹ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, en *Hallische Allgemeine Literatur Zeitung*, números 251-252, 20-21 de octubre de 1806: «die ganze Rechtswissenschaft ist selbst nichts an-

auténtica moda, hablar de derecho en los salones de la época³⁰² positivista, y se vivió el siglo bajo la pasión por la ley positiva. Pasión por la ley que, en más de una corriente de pensamiento, en ocasiones se manifestó como un auténtico e incontinente torrente de sentimentalidad³⁰³, con toda la carga correspondiente.

Aun cuando a los juristas se les suela reprochar una muy escasa receptividad, y una extremadamente reducida confianza, en que el Derecho como hecho social y práctica simbólica, ligado a las condiciones de vida y a las mentalidades³⁰⁴, pueda jugar un papel dinamizador del cambio social, en relación con el cumplimiento de la función estabilizadora que de ordinario se atribuye al Derecho, no es menos cierto que sería más apropiado hablar de «su vana fortuna», ya que nunca han faltado ocasiones en las que al Derecho le corresponde constituirse en instrumento privilegiado del cambio social, y hasta de la ruptura social³⁰⁵, funcionando como un motor que avanza hacia una transformación, hacia una sociedad moderna³⁰⁶. Si bien para explicarlo, habremos de salirnos de los límites estrictos del Derecho y las instituciones, y abrirnos a la consideración de cuestiones de hecho, que si bien no suelen centrar el análisis de los juristas cuando proceden en su condición de tales juristas, resultan de consideración inexcusable, a los fines de cualquier valoración o identificación que concierna a la eficiencia, la efectividad o la eficacia del Derecho y de las instituciones jurídicas.

En última instancia en todas las circunstancias donde el sistema normativo no consigue que la mayor parte de sus reglas sean observadas por la mayor parte de sus destinatarios —esto es, siempre que se produce un

deres als Rechtsgeschichte» (las recensiones de Savigny se recuperan en sus *Vermischte Schriften*, Berlin, 1850, vol. V, págs. 1-36).

³⁰² SIMONE GOYARD-FABRE, «L'idée de loi dans les lumières françaises», en JEAN-MARIE TRIGEAUD (director), *Philosophie juridique européenne. Les institutions*, Jadrape Editore, L'Aquila, Roma, 1988, págs. 65-90, la cita en pág. 65.

³⁰³ JEAN CARBONNIER, «La passion des lois au siècle des Lumières», en *Bulletin de la Classe des lettres et des Sciences morales et politiques de l'Académie Royale de Belgique*, Bruxelles, 1976, vol. XII, pág. 542.

³⁰⁴ JEAN GAUDEMET, *El matrimonio en Occidente*, versión cast. de María Barberán y Florentino Trapero, del original *Le mariage en Occident. Les mœurs et le droit* (Les Éditions du Cerf, Paris, 1987), Colección «Taurus Humanidades», Taurus Ediciones, Madrid, 1993, pág. 15.

³⁰⁵ D. D. RAPHAEL, «Utilitarismo e giustizia», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (Dott. A. Giuffrè Editore, Milano), Cuarta serie, núm. IV, octubre-diciembre de 1977, págs. 875-886.

³⁰⁶ JOHANNES-MICHAEL SCHULZ, «La reterritorialización contemporánea del Derecho civil español», en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia), Nueva Epoca, tomo III, 1986, págs. 281-342, la cita en pág. 286.

contraste absoluto, o al menos de cierta importancia, entre lo que las normas establecen como debido o prohibido y el comportamiento efectivo de sus destinatarios— nos vemos predispuestos a admitir que la separación existente entre las normas formalmente válidas y la realidad fáctica constituye un dato, que aun cuando sea variable en atención a su circunstancias de alcance y entidad, en la práctica resulta inevitablemente presente o al menos susceptible de aflorar, hasta el punto que se ha llegado a creer que su reiterada emergencia respondería las más de las veces a raíces de naturaleza estructural.

En «Ancora sulle norme primarie e secondarie» el profesor Norberto Bobbio (n. 1909) contempla³⁰⁷ este supuesto: Técnicamente hablando, un sistema normativo es ineficaz cuando se ha producido una separación insalvable entre lo que sus norma dicen y lo que sus destinatarios hacen. Un caso límite de sistema normativo ineficaz es el estado de naturaleza en la teoría hobbesiana, que se caracteriza por la general inobservancia de sus reglas, que son las leyes de la naturaleza. La primera razón en la que se piensa cuando se trata de explicar esta separación es que las reglas de ese sistema son impotentes, es decir, no están suficientemente reforzadas por una sanción eficaz. Pero hay otra razón no menos importante: esas reglas pueden estar también suficientemente reforzadas, pero haberse vuelto inadecuadas a la realidad social que pretende regular. Si se atiende a la primera razón, el remedio para la ineficacia del sistema es el reforzamiento de las leyes dictadas; si se atiende a la segunda, el remedio consiste en establecer otras reglas. En otras palabras, supuesto que se haya producido una separación entre las reglas de un sistema y los comportamientos de los individuos a los que el sistema se dirige, hay dos modos para eliminarla: o actuar sobre los comportamientos para obtener que lo que los individuos hacen se corresponde lo más posible con lo que las reglas dicen; o bien actuar sobre las reglas para obtener que lo que las reglas dicen se corresponda lo más posible con lo que los individuos hacen. El primer remedio consiste en aquel conjunto de operaciones que se suele llamar institucionalización de la sanción; el segundo remedio consiste en el conjunto de procedimientos que podemos llamar, por afinidad, institucionalización de la producción normativa³⁰⁸.

Para ilustrar la idea bastará con traer aquí el caso de la relación entre norma constitucional y realidad constitucional en la Alemania contempo-

³⁰⁷ NORBERTO BOBBIO, «Ancora sulle norme primarie e secondarie», en *Rivista di Filosofia*, vol. 1, núm. 1, 1968, págs. 35-110.

³⁰⁸ NORBERTO BOBBIO, «Normas primarias y normas secundarias», en ID., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, págs. 317-332, la cita en págs. 327-328.

ránea, el contraste, tantas veces denunciado, entre la Constitución real o Constitución material, por una parte y la Constitución escrita o formal. Tema permanentemente abierto a examen de la doctrina, tanto con respecto a la Constitución de la República de Weimar, como con relación a la Ley Fundamental de la segunda democracia alemana, con respecto a las cuales ha constituido una cuestión recurrente en su examen por los analistas, la indagación acerca de las probabilidades con que se cuenta a la hora de hacer efectiva en Alemania la Norma Constitucional, y los grados de realización de ambos textos constitucionales. Tema recurrente entre politólogos, sociólogos y iuspublicistas centroeuropeos, que Wilhelm Hennis considera como una cuestión genuinamente alemana³⁰⁹. Por su parte, Karl Dietrich Bracher llega a apuntar como una explicación de la excepción alemana al respecto, y en especial en lo que concierne al abierto contraste entre la Norma Fundamental y la práctica constitucional, o entre política efectiva y el texto formal de la Constitución, la reducida experiencia práctico-democrática con que cuenta la tradición constitucional alemana³¹⁰.

Siempre que se presentan situaciones de esta naturaleza, y de hecho nunca faltan del todo, se comprende hasta que punto es difícil negar la existencia de un permanente dilema, en cuya virtud indefectiblemente estaríamos abocados a tener que optar entre, o bien tratar de forzarlos, a fin de que la realidad, la estructura social dinámica modificada, se adapte al Derecho (asegurando la duración, la perdurabilidad, frente al hecho cierto del cambio de la realidad), o bien tratar, por el contrario, que sea el Derecho quien se adapte a la constantemente cambiante realidad, modificándolo en un sentido más concorde con los cambios producidos en el mundo de los hechos³¹¹. «Siempre habrá dos partidos: el partido del pasado y el partido del futuro, el establishment y el movimiento renovador», que dijera, o al menos a él se le suele atribuir la frase, el filósofo y poeta, destacado trascendentalista norteamericano Ralph Waldo Emerson (1803-1982).

No han faltado quienes —desde posturas que con razón han sido ta-

³⁰⁹ WILHELM HENNIS, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit. Ein deutsches Problem*, J. C. B. Mohr, Tübingen, págs. 5 y sigs.

³¹⁰ KARL DIETRICH BRACHER, *Controversias de historia contemporánea sobre fascismo, totalitarismo y democracia*, trad. cast. de Carlos López Castillo, del original *Zeitgeschichtliche Kontroversen um Faschismus, Totalitarismus, Demokratie* (R. Piper und Co. Verlag, 1976), Colección «Estudios Alemanes», Editorial Alfa, Barcelona-Caracas, octubre de 1983, pág. 107.

³¹¹ FRANÇOIS OST y MARK VAN HOECKE (editores), *Temps et droit. Le droit-a-toil pour vocation de durer?*, Etablissements Emile Bruylant-Fond National de la Recherche Scientifique de la Communauté française de Belgique, Bruxelles, 1998.

chadas de eclécticas o de «terceras vías»—, atribuyen en principio al Derecho, en cuanto subsistema del sistema social total, con el profesor de la Universidad de Stanford, Lawrence Meir Friedman³¹², la posibilidad y hasta la conveniencia de ejercer indistintamente dos papeles que muchos tratadistas venían considerando radicalmente antinómicos en relación con las realidades sociales: a) el que corresponde a su probada capacidad planificadora y moldeadora de la experiencia y las prácticas sociales. Nadie negará que el Derecho que resulta efectivamente cumplido se adhiere a la realidad social y se integra en ella, trasmutando y dotando de significación jurídica ese sector de la vida social que regula y ordena con eficacia³¹³; b) el propio de su no menos probada capacidad bloqueadora o retardataria de los cambios³¹⁴, que, cuando entra en juego, determina que el Derecho desempeñe el papel de lastre u obstáculo al cambio social, asegurando, o al menos favoreciendo, la duración de lo existente, o prolongando la perdurabilidad, frente al hecho cierto del cambio, de la desaparición de lo que es³¹⁵. El Derecho sería así retroprogresivo, tendría un pie en la conserva-

³¹² LAWRENCE MEIR FRIEDMAN (n. 1930), *American law: An Introduction*, Norton and Company, New York, segunda edición, 1998 (trad. cast. «Introducción al Derecho norteamericano», a cargo de Joan Vergé i Grau, Bosch, Barcelona, 1988); ID., *Law and society. An Introduction*, Prentice-Hall Foundations of Modern Sociology. Serie Prentice Hall, Englewood Cliffs (New Jersey), 1977; ID., *Das Rechtssystem im Blickfeld der Sozialwissenschaften*, Col. «Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtsstaatsforschung», Duncker und Humblot, Berlin, 1981; ID., *The republic of choice: Law, authority, and culture*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1994; ID., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, «Collezioni di testi e di studi. Diritto», Società Editrice il Mulino, Bologna, 1978; ID., *Total justice*, Beacon Press, Boston (Massachusetts), 1987; ID., *The horizontal society*, Yale University Press, New Haven (Conn.)-London, 1999.

³¹³ ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, «La eficacia», en ID., *Sistema de teoría fundamental del Derecho*, tomo I, Colección «Libros», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 83-86, la cit. en pág. 84; GUILLERMO GARCÍA-VALDECASAS y GARCÍA-VALDECASAS, «La positividad del Derecho y la vertiente sociológica de la ciencia jurídica», Discurso de apertura, Universidad de Granada, curso 1971-1972, Secretariado de Publicaciones de la Universidad, Granada, octubre de 1971, págs. 19-20.

³¹⁴ YEHEZKEL DROR, «El Derecho y el cambio social» (1959), en VILHELM AUBERT (editor), *Sociología del Derecho*, trad. cast., Editorial Tiempo Nuevo, Caracas, 1971, se trata de la trad. del artículo de Y. DROR «Law and Social Change» publicado originariamente en *Tulane Law Review*, vol. XXXIII, 1959, págs. 787-802; EDUARDO NOVOA MONREAL, *El derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo Veintiuno Editores, México, décima edición, 1991; GERTI HESSELING y ÉTIENNE LE ROY, «Le Droit et ses pratiques», en *Politique Africaine*, diciembre de 1990, núm. XL, págs. 2-11.

³¹⁵ JAVIER DE LUCAS, *Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia*, Colección «Cine/Derecho», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 27; F. BERTRAND, «Philip K. Dick on Philosophy: a Brief Interview», en el volumen colectivo editado por Lawrence Sutton, *The Shifting Realities of Philip K. Dick: Selected Literary and Philosophical Writings*, Pantheon Books, New York, 1980; PHILIP K. DICK, «The Android and the Human», en

ción y otro en la innovación. Estaría dotado de dos caras: la propia de la memoria y la característica del proyecto. Preservar y asegurar la conservación de elementos del pasado, y generar innovaciones.

1.5. Ni que decir tiene que todas estas potencialidades o capacidades, absolutamente ambivalentes, de la que se encuentra dotado el Derecho como producto social, y que le permiten actuar, ora en la condición de elemento retardatario del cambio —en donde funciona como auténtico y a la vez eficaz obstáculo a la transformación social³¹⁶, factor de inercia en la evolución social—, ora como dispositivo que favorece, promueve y hasta dinamiza, las actualizaciones y los cambios sociales profundos y de carácter progresivo —tanto a través del que puede denominarse «efecto multiplicador de las normas, como por medio de la teoría jurídica o mediante una aplicación progresiva del Derecho, por parte de los operadores jurídicos³¹⁷— han conocido en el curso de los años un despliegue desigual, con predominio de una u otra, en función, entre una serie heterogénea de circunstancias, de las dosis variables con las que aparecen combinados los elementos de conflicto y los elementos de cooperación³¹⁸, así como de las contingentes condiciones de tiempo y lugar, o la variedad de tradiciones normativas, o de concepciones acerca de la legitimidad y los valores...³¹⁹.

Se diría que en este caso, al igual que sobre lo justo y lo injusto, una vez más, decide el grado de latitud³²⁰ como concluyera Blaise Pascal (1623-1662) desde el pesimismo antropológico de raíz agustiniana y como eco de

S.F. *Commentary*, diciembre de 1972; volumen colectivo, *Blade Runner*, Ed. Tusquets, segunda edición, Barcelona, 1992 (textos de E. Argullol, G. Cabrera Infante, J. L. Guarnier, Fernando Fernández Savater et alii).

³¹⁶ ELÍAS DÍAZ GARCÍA, «El Derecho como obstáculo al cambio social», en ID., *La sociedad entre el Derecho y la Justicia*, Colección Salvat Temas Clave, Aula Abierta Salvat, Salvat Editores, Barcelona, 1982, págs. 16-17 (Capítulo VII).

³¹⁷ ELÍAS DÍAZ GARCÍA, «El Derecho como factor de cambio social», en ID., *La sociedad entre el Derecho y la Justicia*, Colección Salvat Temas Clave, Aula Abierta Salvat, Salvat Editores, Barcelona, 1982, págs. 22-23 (Capítulo X).

³¹⁸ THOMAS C. SCHELLING, *The Strategy of Conflict* (1960), Harvard University Press, segunda edición, Boston (Massachusetts), 1980.

³¹⁹ LAWRENCE M. FRIEDMANN, «Law Reform in historical perspective», en *Saint Louis University Law Review*, vol. XII, 1969, págs. 29 y sigs.; ID., «On legal Development», en *Rutgers Law Review*, vol. XXI, 1969, págs. 11 y sigs.; LAWRENCE M. FRIEDMANN y JACK LADINSKY, «El derecho como instrumento de cambio social», en *Derecho* (Lima, Perú), vol. XVIII, 1969, págs. 22 y sigs.

³²⁰ BLAISE PASCAL (1623-1662), *Pensées* (1657-1658), texto establecido por Louis Lafuma, «Préface» de André Dodin, Editions du Seuil, París, 1962, fragmento 60 (294), págs. 63-64, la cita en pág. 63; ID., *Pensées* edición de Jacques Chevallier, Bibliothèque de la Pléiade, Ed. Gallimard, París, 1980, fragmento 294 [vid. BLAISE PASCAL, *Pensamientos*, edición cast. y trad. de Mario Parajón, Colección «Letras Universales», Ed. Cátedra, Madrid, 1998; ID., *Pensamientos*, trad. cast. de Xavier Zubiri (1898-1983), «Introducción» de

las convicciones de Michel de Montaigne (1533-1592: «Tres grados de latitud trastocan toda la jurisprudencia, un meridiano decide de la verdad... ¡Divertida justicia a la que un río impone límites! Verdad más acá del Pirineo, error más allá³²¹»). No en vano el Derecho constituye un fenómeno histórico, cuya virtualidad reguladora se encuentra limitada —y no entiendo que puedan producirse las cosas de otro modo— por las categorías de espacio y tiempo³²².

El Derecho se encuentra íntimamente vinculado al equilibrio social y a los fenómenos sociales fundamentales³²³, de aquí que de manera recurrente la legislación (y no digamos ya el derecho consuetudinario) manifieste un deseo de perennidad (recuerdo al respecto la «lex perpetua valitura» de la que nos habla en su *Teoría de las normas*, de José-Luis Villar Palasí) y deba tener una cierta estabilidad o permanencia, pese a que, sin embargo, no puede mantenerse por completo inalterable o inmutable, ya que si lo hiciera difícilmente podría adecuarse a las condiciones cambiantes de la sociedad en la que ha de aplicarse. De aquí que en toda meditación rigurosa en torno a la naturaleza del Derecho como fenómeno normativo, se haya tratado de reconciliar las necesidades contradictorias de estabilidad y de transformación, de permanencia y de cambio³²⁴, especial-

Gabriel Albiac, Colección Austral, décima edición, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1995; ID., *Obras. Pensamientos: provinciales. Escritos científicos. Opúsculos y cartas*, trad. y notas de Carlos Ramírez de Dampierre, «Prólogo» de José-Luis López Aranguren (1909-1996), segunda edición, Ed. Alfaguara, Madrid, 1983; ID., *Pensamientos*, «Introducción», trad. cast. y notas de Carlos Pujol, Colección «Clásicos Universales Planeta», Editorial Planeta, Barcelona, 1986; ID., *Pensamientos*, trad. cast. «Introducción» y notas de J. Llano, Colección «El libro de bolsillo. Sección clásicos», Alianza Editorial, primera reimpresión, Madrid, 1986]. Vid. ERIK WOLF, *El problema del Derecho Natural*, trad. cast. de Manuel Entenza del original, *Das Problem der Naturrechtslehre* (1958, segunda edición), Ediciones Ariel, Barcelona, 1960, pág. 121.

³²¹ ALBERT BRIMO, *Pascal et le Droit*, París, 1942; G. GOEHLER, «Pascal Gedanken zur politische Ordnung», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. II, 1964, págs. 231-261; R. MENEGHELLI, «Il problema della giustizia in Pascal», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (Dott. A. Giuffrè Editore, Milano), vol. XXXVI, 1959, págs. 370-428; HANS RYFFEL, «Recht und Staat in Pascal Sicht», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 49, 1963, págs. 191-211; P. SCHNEIDER, «Pascals plaisante justice», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 39, 1950-1951, págs. 79-89; A. WICHER, «Gerechtigkeit und Gewalt in Pascal Gedanken», en *Beiträge zur Kultur und Rechtsphilosophie. Festschrift für Gustav Radbruch*, Heidelberg, 1948, págs. 40-55.

³²² ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, *El Derecho como fenómeno cultural. Su carácter preceptivo*, Epígrafe I.1 del Capítulo II de ID., *Sistema de teoría fundamental del Derecho*, Colección «Libros», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 71.

³²³ N. S. TIMACHEFF, *Introduction à la sociologie juridique*, Editions A. Pedone, París, 1939, pág. 27.

³²⁴ HELMUT COING (1912-2000), *Filosofía del Derecho*, trad. cast., J. Manuel Mauri, Ed. Ariel, Barcelona, 1961, págs. 233 y sigs.; ERICH FECHNER, «Helmut Coings Grundzüge der

mente cuando se desarrolla en un contexto en el que la mutación, la necesidad de continuos reajustes y la discontinuidad son cada vez más la regla y no la excepción errática.

El evidente interés que la sociedad tiene por la seguridad, en la medida en que las instituciones políticas y jurídicas tienen entre sus funciones propias la de favorecer la estabilidad de las relaciones sociales que regulan, ha inducido a los hombres a buscar alguna base cierta que permita dotar a los comportamientos del hombre en las relaciones sociales de un valor absoluto, o al menos de un cierto sentido, que sea por ello capaz de establecer condiciones de regularidad para la vida³²⁵, y de asegurar, o, siquiera al menos, de favorecer, un orden social firme y estable.

Ahora bien, la incesante transformación en las condiciones de la vida social, siempre exigen nuevas adaptaciones del Derecho y de las instituciones, ante la presión de los intereses y demandas sociales emergentes y de nuevas causas susceptibles de menoscabar la seguridad que se considera firmemente establecida. Por razón de la contingencias que se derivan de la libertad de los demás, ningún hombre, ni ninguna institución humana se encuentra nunca completamente seguros en sus relaciones sociales, ni del asentimiento, ni del comportamiento, ni de la concordancia de los individuos, ni de las instituciones que le rodean. En efecto, la contingencia es un dato absolutamente inseparable de la libertad, y por ello, de la naturaleza humana³²⁶.

Es necesario pues, que el orden jurídico sea flexible y, al mismo tiempo, estable. Es preciso someterlo continuamente a revisión, y readaptarlo en consideración a las sucesivas alteraciones, dotadas de significado y exigentes de atención que experimenta la vida efectiva, el mundo de los hechos y de la experiencia que ha de regir el Derecho.

Rechtsphilosophie», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. XXXIX, núm. 3, págs. 403-422; HEINRICH HENKEL, *Introducción a la filosofía del derecho. Fundamentos del Derecho*, trad. cast. del original, *Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts* (München, 1964; hay segunda edición, 1977) de Enrique Gimbernat Ordeig, Ed. Taurus, Madrid, 1968, págs. 78 y sigs.

³²⁵ ROSCOE POUND, *Historia y Derecho*, Capítulo I de ID., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. cast. del original, *Interpretations of Legal History* (Harvard University Press, Harvard-Massachusetts, 1943), y «Estudio Preliminar» de José Puig Brutau, Ediciones Ariel, Barcelona, 1950, págs. 5-31, especialmente pág. 5; ID., «Theories of Law», en *Yale Law University*, vol. XXII, págs. 144 y sigs.; ID., *Jurisprudence*, St. Paul (Minn.), 1959, vol. I, págs. 350-358; GIORGIO DEL VECCHIO, «Mutabilidad e inmutabilidad del Derecho», trad. cast. de Salvador M. Dana Montañó, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid), tomo III, 1959, págs. 1-18.

³²⁶ MANUEL FRAGA IRIBARNE, «La seguridad como problema de la organización social», en ID., *Organización de la convivencia*, Colección Acueducto, Madrid, 1961, págs. 31-47, la cita en pág. 35; H. SESMAT, *La sécurité moderne*, París, 1943.

Los principios que inspiren la respuesta debida, a estos retos en tensión, han de ser tanto los principios propios del valor evolución, como los principios característicos del valor seguridad. Es preciso tratar de armonizar los necesarios requerimientos de estabilidad, y los valores vinculados a la seguridad y a la certeza jurídica, con las no menos necesarias exigencias de adaptación a las nuevas condiciones cambiantes, que se contienen en los valores vinculados a la transformación y el cambio. Pero, eso sí, sin que sea preciso incurrir por ello en el fenómeno que la sociología de la legislación llama, y el Maestro del Derecho privado y la sociología jurídica francesa, referente inexcusable de la Universidad de París II, Jean Carbonnier popularizó como «efecto de Assiduis»³²⁷, en recuerdo de una célebre Constitución de Justiniano (C.8, 18, 12), en la que, aguijoneada por los eficaces y ruidosos requerimientos de las mujeres, que habían sido arruinadas por sus maridos, la Cancillería imperial («assiduis additionibus mulierum inquietati sumus») determinó la institución de una hipoteca privilegiada a favor de todas las mujeres casadas.

El «efecto Assiduis» concede visiblemente una prima a los reformistas con capacidad movilizadora que encuentran eco a sus demandas y saben presentar sus reivindicaciones con fuerza persuasiva suficiente sobre los destinatarios de sus demandas, con lo que consiguen imponer sus dictados, no en vano cuando se quejan del derecho positivo vigente son capaces de producir mucho más ruido que la mayoría que pudiera encontrarlo razonable. Si bien es sabido que los intereses reales de las masas continúan, pese a los medios de que disponemos para llegar a conocerlos bastante bien, acaso debido al hecho de que nadie se haya interesado realmente en saberlo³²⁸. Existen determinados ámbitos del Derecho en los que el legislador parece prestar una mayor receptividad a los grupos más activos y ruidosos, así por ejemplo, el ámbito del Derecho de Familia, no en vano Carbonnier ha reconocido que es de este modo como «con gran frecuencia, se legisla en el Derecho de familia»³²⁹. Circunstancia que pone de manifiesto, una vez más hasta que punto la opinión pública puede ser voluble, selectiva y hasta caprichosa en sus juicios, gustos e identificaciones, atenta y cuidadosa para determinadas cuestiones, indiferente o ajena para

³²⁷ JOSÉ-MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, «Observaciones sobre la situación jurídica de las parejas no casadas», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Madrid), núm. 24, 1994, págs. 133-147, la cita en págs. 146-147.

³²⁸ HANS MAGNUS ENZENSBERGER, *Elementos para una teoría de los medios de comunicación*, trad. cast. de Michael Fabe-Kaiser, del original *Baukasten zur Theorie der Medien* (Kursbuch, 1971), Colección «Cuadernos Anagrama», Editorial Anagrama, Barcelona, 1974, pág. 39.

³²⁹ JEAN CARBONNIER, *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, trad. cast. de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, pág. 189.

otras, mostrando «una mezcla de sensibilidad para ciertos males y de insensibilidad para otros»³³⁰.

Por ello mismo habría que recordar, como lo hace Jean Carbonnier, la necesidad de mantener una actitud vigilante —cuya observancia se impone, frente a demandas de cambios normativos que se ven reforzadas por movilizaciones públicas mejor o peor orquestadas, con una aparatosa escenografía y una adecuada «imagen de marca»³³¹, lo que refuerza el valor y la justificación misma de lo pedido—, la conveniencia de poner límites a la receptividad y al seguidismo de las perturbaciones sociales o de las denuncias de aparentes injusticias, más acá de las cuales resulta preferible abstenerse de legislar, por mucho alboroto que pudieran generar las minorías afectadas, toda vez que las hipotéticas ventajas que en su caso se generarían con tales intervenciones normativas se verían contrapesadas en exceso por los inconvenientes y contradicciones que una intervención legislativa de esa naturaleza produciría en el conjunto de la sociedad³³².

En esta línea argumental que intenta resolver el permanente dilema, con la voluntad de no limitarse a lo ya consabido, Joel B. Grossman y Mary H. Grossman, al examinar las relaciones entre el derecho y el cambio social, y las especiales capacidades de aquel, tanto para influir en la generación o en la aceleración de cambios deliberados, como para ralentizarlos, demorarlos o en su caso hasta impedirlos, concluyeron que «el derecho es un deseable y necesario medio de inducir al cambio, aunque no siempre totalmente efectivo... y, en la medida de lo posible, sus instituciones y procedimientos son preferibles a cualesquiera otros de los que disponemos»³³³.

³³⁰ F. J. SHEED, *Sociedad y sensatez*, trad. cast., Editorial Herder, Barcelona, 1976, pág. 191.

³³¹ No sólo en publicidad, y con un objeto mercantil, tiene sentido hablar de la imagen de marca, David Ogilvy —y su fuente inspiradora, Pierre Martincau— podrán comprobar hoy cómo se puede hablar de imagen de marca incluso en el sector de las demandas políticas y las corrientes partidistas e interpartidistas.

³³² JEAN CARBONNIER, *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, trad. cast. de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, pág. 204.

³³³ JOEL B. GROSSMAN y MARY H. GROSSMAN (editores), *Law and Change in Modern America*, Goodyear, Pacific Palisades (California), 1971, págs. 4 y sigs.; UGO MATTEI, «Thee Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997, págs. 7 y sigs.; WILBERT ELLIS MOORE, *Cambio social*, trad. al castellano de Jorge Gómez Silva, Col. «Manuales Utchew», Unión Tipográfica Hispano-Americana, México, primera reimpresión, 1972 (del original, *Social Change*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, tercera edición, 1964); ID., *Economy and Society*, Random House, New York, 1955; ID., *El impacto de la industria*, Nueva Colección Labor, Editorial Labor, Barcelona, 1971; ELCANOR BERNET SHELTON y WILBERT ELLIS MOORE (editores), *Indicators of social change: Concepts and measurements*, Russel Sage, New York, tercera edición, 1972; WILBERT ELLIS MOORE, *Man, time and society*, Wiley, New York, 1963; ID., *Order and change: Essays in comparative sociology*, John Wiley, New York, 1967.

Relaciones que se replantean en el Estado de Constitución o Estado de Derecho Constitucional mediante las propuestas transformacionistas que propician ciertos sectores del constitucionalismo que conciben a la Constitución «como un instrumento dinámico, casi como un mecanismo, un... motor de un sistema, que permite su utilización con fines de transformación social y económica»³³⁴, y que propugna, en consecuencia, la revisión del propio concepto de Constitución que había asumido la doctrina clásica. Concepto que es reformulado ahora, atribuyéndole un sentido abiertamente transformador: «La idea de que la Constitución opera como mecanismo de transformación de la comunidad que ella misma constituye y consagra, se ha abierto camino con extraordinaria velocidad en Occidente»³³⁵.

I.6. El infeliz pero corto³³⁶ siglo XX que acabamos de dejar a nuestras espaldas, y que, al parecer, concluyó con «l'effacement de l'avenir», el final los grandes proyectos, y el agotamiento —al menos provisionalmente— de las energías utópicas, conoció numerosas intentonas, y hasta aventuradas experiencias prácticas, de la utilización del Derecho del Estado, a los fines de planificar o de estructurar a gran escala la economía, pretendiendo marginalizar o expulsar las contingencias o de «configurar o conformar las condiciones de vida futura»³³⁷, y el conjunto de la sociedad.

De hecho, dada la complejidad de la red de relaciones en la que esta-

³³⁴ RAMÓN GARCÍA COTARELO, «El régimen económico-social de la Constitución española», en *Lecturas sobre la Constitución española*, coordinadas por Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978, vol. I, pág. 72; vid. al respecto, MANUEL CONTRERAS CASADO, «Sobre las transformaciones constitucionales y sus límites», en *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), Nueva Epoca, núm. 16, julio-agosto de 1980, págs. 165-184; JORGE DE ESTEBAN ALONSO, «La Constitución en el mundo actual», «Estudio Preliminar», en ID. (editor), *Constituciones españolas y contemporáneas*, Madrid, 1977, vol. I, págs. 36-41; ID., «La función transformadora en las Constituciones occidentales», en el volumen *Constitución y economía. La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales*, Madrid, 1977, págs. 151-160.

³³⁵ RAMÓN GARCÍA COTARELO, *Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar. La crisis del Estado Social y el problema de la legitimidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pág. 76; MICHEL TROPER, «Il concetto di costituzionalismo in la moderna teoria del diritto», trad. al italiano de Paolo Comanducci, en *Materiali per una storia della cultura giuridica* (Società Editrice il Mulino, Bologna), tomo XVIII, núm. 1, junio de 1988, págs. 61-81.

³³⁶ ERIC J. HOBSBAWM, *L'âge des extremes. Histoire du court vingtième siècle*, Bibliothèque Complexe, Paris, 1999; ID., *The Age of Empire, 1875-1914*, Guid, London, 1987 [trad. cast. de J. Faci Lacasta, *Era del Imperio (1875-1914)*, Ed. Labor, Barcelona, 1989].

³³⁷ MANFRED REHBINDER, *Rechtssoziologie*, segunda edición, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1989, págs. 151-153: «Die Gestaltung der Lebensbedingungen».

mos inmersos, alguna forma de planificación de la economía se ha terminado por incorporar a las costumbres y las prácticas sociales, incluso en los países no socialistas. Por ello pueden aportarse múltiples experiencias de intentos de relanzar a través del Derecho —mediante un impulso propulsivo que ilusoriamente marginaliza o expulsa sin más a las siempre inoportunas contingencias— o de conformar o de configurar al máximo posible las condiciones de vida futuras, o dirigidos a trazar diseños o formas institucionales, o bien en adoptar y realizar decisiones y acciones que se proponen promover revoluciones o transformaciones drásticas de las relaciones sociales, o con el objeto de fomentar la práctica o el abandono de la práctica de determinadas actitudes y comportamientos, o la asunción de ciertas creencias y actitudes³³⁸. Intentos, todos ellos, que se justificaban y explicaban en base a la confianza en la potencialidad de la razón humana para el cálculo y la organización, de la que participaban los reformistas, si bien, en más de una circunstancia, terminaron topándose con la imposibilidad de moldear a la carta los procesos sociales y en especial aquellos procesos sociales que estaban dotados de cierta consistencia propia³³⁹.

La historia de todos estos intentos no deja de ser sino una ilustración sucesiva continuada de decepciones que informan de manera persuasiva acerca de las limitaciones y contraindicaciones del uso del Derecho como elemento de transformación social.

El siglo XX fue, al menos en este sentido, un siglo en el que abundan el tipo de experiencias características de las que los juristas belgas François Ost y Michel Van der Kerchove propusieron denominar un «tiempo prometeico». Esto es, un tiempo consciente y voluntarista, ocupado en el intento de moldear a fondo el presente a la imagen de un porvenir que se considera mejor y, por ello mismo, preferible, en el que se concibe al legislador a la manera de un gran taumaturgo.

Algunas de estas medidas arraigaron y consolidaron, en parte o en su totalidad, los objetivos que se había propuesto los reformistas, que se sirvieron a estos efectos, entre otros instrumentos de transformación y de cambio, de los que les proporcionaban el Derecho y las instituciones jurídicas.

A estos fines, acaso bastará con recordar el programa de occidentalización-modernización de la vida pública y civil que impuso por decreto el

³³⁸ MARCEL WALINE, *Quelques facteurs sociologiques de l'évolution actuelle du droit*, en el volumen colectivo de la Faculté du Droit et des Sciences Economiques de Poitiers, «Mélanges offerts à René Savatier», Librairie Dalloz, Paris, 1965, págs. 959-967, la cita en pág. 959.

³³⁹ GREGORIO ROBLES MORCHÓN, *Sociología del Derecho*, Colección «Monografías Civitas», Editorial Civitas, Madrid, 1995, págs. 161-163: «La función de transformación».

oficial del ejército imperial otomano Mustafá Kemal Artatuk (1881-1930, uno de los pocos generales victoriosos del ejército que había sido desmovilizado al concluir las hostilidades, el más joven entre quienes tenían ese grado militar, que había vencido a los ingleses —cuando aún tenía la condición de coronel, y el mando del ejército de los Imperios Centrales correspondía en ese frente a un general alemán— en la batalla de Anafartador-Gallípoli, y provocado posteriormente la retirada de las fuerzas rusas de las ciudades de Bitlis y Mus, en Asia Menor). Programa de reforma que determinó que se materializaran un conjunto extremadamente amplio de cambios culturales y estructurales³⁴⁰.

Programa además orientado hacia la obtención de una completa secularización y occidentalización, trazado no sólo, pero sí básicamente por este auténtico «pater patriae»³⁴¹, que afectó a la práctica totalidad de los aspectos de la sociedad turca de su tiempo, en el tránsito del Imperio otomano —un estado multinacional teocrático, cuya existencia había sido casi contemporánea con la de su vecino europeo, la monarquía de los Habsburgo³⁴², Imperio que ya desde el siglo XIX había tenido que someterse a un proceso de disminución gradual de su extensión territorial, y que en la Gran Guerra había sido derrotado junto con los Imperios Centrales en la Primera Guerra Mundial por las Potencias de la Triple Alianza. Derrota formalizada en el armisticio de Mondros (treinta de octubre de 1918) en unos términos que eran prácticamente los propios de una capitulación incondicional³⁴³— a la República turca en el segundo período de la vida política del leader carismático y hombre de acción Mustafá Kemal, cuando, una vez consolidadas, la dictadura de la Gran Asamblea Nacional de Turquía, impone la República como forma de gobierno en sustitución de la monarquía, con lo que se puso fin además al periodo de diarquía que se había prolongado por tres años (12 de noviembre de 1922), procede a la abolición del último resto de la soberanía osmánida, el Califato —lo que supone la renuncia a toda aspiración universalista— y de las escuelas reli-

³⁴⁰ BOSPORICUS, «Der Turanismus. Tatsachen, Gedanken, Politik», en *Das XX Jahrhundert*, marzo-abril de 1944, págs. 78 y sigs.

³⁴¹ En 1934, cuatro años después de su muerte y cuando ya había transcurrido una década de la fundación de la República turca, el Parlamento del país le otorgó el sobrenombre honorífico de Atatürk —«Padre Turco»—.

³⁴² GEORG SCHWARZENBERGER, *La política del poder. Estudio de la sociedad internacional*, trad. castellana de Julieta Campos y Enrique González Pedreco, del original en inglés *Power Politics. A Study of International Survey* (Stevens and Sons Ltd., London), Fondo de Cultura Económica, México, noviembre de 1960, págs. 60-61: «El Estado religioso», la cita en pág. 60.

³⁴³ SILIO RIVISI, «La Constitución turca republicana», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 104, marzo-abril de 1959, págs. 127-156, la cita en pág. 127.

gias (tres de marzo de 1924), promulga la llamada «ley del sombrero» mediante la que se prohibía de forma expresa el uso del turbante y del fez (1925), acuerda el cambio de calendario, lo que supuso el abandono de la era musulmana por la era cristiana (1925), decreta la sustitución del alfabeto árabe por el latino (1928), impulsa la adopción del código civil suizo y del código penal italiano (1926), impone la supresión del velo de las mujeres y la utilización de apellidos a la manera occidental, y procede a la derogación de la cláusula constitucional que hacía del Islam la religión oficial del Estado (1928)³⁴⁴, circunstancia que refuerza la generalizada convicción que entiende como uno de los objetivos prioritarios de la reforma, y precisamente el que más resistencias iba a encontrar en la tre gien parte de población era el laicismo, con la consiguiente transformación de la religión en un asunto de estricta conciencia personal («viedan meselesi»)³⁴⁵. Pre-tensión común entre los reformistas de tantas épocas, y que hoy choca con el «retorno de lo sagrado («il ritorno del sacro») a través de la desprivatización del hecho religioso»³⁴⁶.

Mustafá Kemal, tras asumir las limitaciones que le imponía la realidad, «la fuerza normativa de lo fáctico», reflexiona acerca del alcance de esta autolimitación que él entiende realísticamente responde al hecho de que «la fuerza debe respaldar al Derecho, pero no debe reclamar más derechos que aquellos que la fuerza sea capaz de sostener o respaldar»³⁴⁷, por lo que es preciso saber adaptar los fines a los medios disponibles, persuadido como estaba de que si el Derecho es el fin o el objeto, la guerra y la fuerza tienen la condición de medios, lo que determina que tratemos de conseguir que se dé la proporción preparación necesaria y con-

³⁴⁴ DANKWART A. RUSTOW (n. 1924), «Ataturk, fundador de un Estado», en DANKWART A. RUSTOW (editor), *Filósofos y estadistas. Estudio sobre el liderazgo*, trad. cast., de Ernestina de Champourán, del original, *Philosophers and Kings: Studies in Leadership* (The American Academy of Arts and Sciences, George Braziller, New York, 1970), Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1976, págs. 264-311, la cita en págs. 288-289; R. E. WARD y DANKWART A. RUSTOW, *Political Modernization in Japan and Turkey*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1964.

³⁴⁵ YAVUZ ABADAN, «Rechts- und Sozialphilosophie in der Türkei», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Franz Steiner Verlag, Wiesbaden), vol. XLIII, núm. 4, 1957.

³⁴⁶ F. MARGIOTTA BROGLIO, «Ritorno del sacro e organizzazione degli interessi confessionali», en *Rivista di studi politici internazionali*, 1993, págs. 163 y sigs.; RAFAEL NAVARRO VALLS, «Ley civil y ley moral. La responsabilidad de los legisladores», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Madrid), número 26, 1996, págs. 25-41, la cita en págs. 25 y 26; DANKWART A. RUSTOW, «Politics and Islam in Turkey, 1920-1935», en RICHARD N. FRYE (editor), *Islam and West*, The Hague, 1975, págs. 77 y sigs.

³⁴⁷ DANKWART A. RUSTOW, «Fuerza, Derecho y Política extranjera», en ID., *Ataturk, fundador de un Estado*, del volumen colectivo, Dankwart A. Rustow (editor), *Filósofos y estadistas. Estudios sobre el liderazgo*, ob. cit., ed. cit., trad. cit., págs. 271-279.

veniente entre ambos³⁴⁸. De esta manera, Mustafá Kemal asentó las bases y suministró el ejemplo a seguir, por parte de otros muchos intentos de occidentalización-modernización político y social realizados bajo dictaduras militares nasseristas de corte abiertamente socializante y populista, entre las que ocupa, como no podía ser menos un lugar destacado, como es obvio, la del «movimiento de oficiales libres», acontecimiento que señala un giro decisivo en la evolución del conjunto de los pueblos árabes³⁴⁹.

Revolución egipcia de julio de 1952, cuyos efectos bien pronto se extendieron más allá de valle del Nilo, y que sería encabezada por el teniente coronel Gamal Abdel Nasser, 1918-1970, denominado «el Rais», paladín y caudillo indiscutible del nuevo nacionalismo árabe; si bien en el momento inicial la figura en apariencia más representativa, y, en todo caso de mayor rango formal, del nuevo régimen que generó el «movimiento de los oficiales libres» fue el general Ali Mohammed Nēguib (n. 1901, héroe indiscutido de la guerra de Palestina de 1948, en la que también participase con reconocimiento el propio G. A. Nasser), quien definitivamente va a perder el poder en noviembre de 1954, tras ser acusado de complicidad con los intentos de reorientar la política egipcia que ocuparon las conspiraciones de la Hermandad Musulmana).

Revolución nasseriana —que a muchos, y en consideración a bastantes coincidencias, les recuerda el proceso que se había producido treinta años antes en la Turquía kemalista³⁵⁰— que forzó la abdicación del rey Farouk I (1920-1963)³⁵¹, en su hijo de siete meses Fuad II, estableció la República (al fracasar la proyectada sustitución en la jefatura del Estado con el exilio de ambos, junio de 1953, precisamente en un momento, la década de los cincuenta, en que se pensaba que un rasgo característico de la mentalidad política del hombre común de la época era la ausencia prácticamente absoluta de interés por el problema de las formas políti-

³⁴⁸ PATRICK BALFOUR, LORD KINROSS, *Ataturk: the Rebirth of a Nation*, London, 1964, págs. 221 y sigs., y 238 y sigs.; BERNARD LEWIS, *The Emergence of Modern Turkey*, London, 1961, págs. 175 y sigs.

³⁴⁹ GILBERT TIXIER, «Las instituciones políticas de la RAU, de Irak y de Siria», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 164, marzo-abril de 1969, págs. 94-114, la cita en pág. 95.

³⁵⁰ GÉRARD CHALIAND, «L'Egypte nassérienne», en ID., *Mythes révolutionnaires du tiers monde. Guérillas et socialismes*, Col. «Point Politique», Editions du Seuil, Paris, segunda edición, 1979, págs. 179-189.

³⁵¹ A quien se atribuye haber pronunciado, por aquel entonces, la frase que anunciaba un futuro inminente en el que sólo habría cinco reyes, los cuatro de la baraja y la Reina del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Vid. LUIS BARCENILLA CUBILLO, *Catorce de abril de 2031. Miscelánea republicana en claves jocosas*, Grabar, SL, Madrid, octubre de 2002, pág. 49.

cas del Estado³⁵²), puso fin al neocolonialismo británico, consiguiendo que Egipto dejara de ser, como lo venía siendo desde la independencia política nominal (1922), una inmensa base estratégica para las operaciones de la política militar inglesa, y que los británicos abandonasen Sudán (febrero de 1953); inició la educación estatal obligatoria, impuso una transformación social de pretensiones revolucionarias (si bien predominó la condición de régimen autoritario, populista y paternalista³⁵³), modificando de forma sustancial la textura de las áreas rurales, modernizó e industrializó el país, tuvo un papel de protagonista en la lucha contra la dominación colonial en el mundo, nacionalizó el Canal de Suez, provocando una grave crispación y crisis internacional que concluyó con el fiasco de la intervención —aventura guerrera francesa-anglo-israelí en la zona, y la retirada incondicional y forzada de las tropas británicas (1956), por decisión de la Organización de Naciones Unidas, e introdujo reformas sociales y económicas de alto calado. Creó, finalmente un Estado fuerte y autoritario³⁵⁴, que se correspondía en el principio califal no-dinástico y el refrendo popular mediante plebiscito, que se conjugaba con los principios islámicos de fidelidad y de la consulta-consejo³⁵⁵ — de ahí que su pensamiento y programa activo se ha conocido como la realización de un proyecto de «arabismo popular» total, estimuló, en parte con éxito, la puesta en marcha en el conjunto del país, de lo que C. E. Black propuso llamar la «movilización social», esto es, la formación de un consenso nacional que fomentara la integración política y la consecución de una comunidad nacional por encima de los propios ciudadanos³⁵⁶.

³⁵² ALVARO D'ORS Y PÉREZ PEIX, «Forma de gobierno y legitimidad familiar», Conferencia pronunciada en el Colegio Mayor «Padre Poveda» de Madrid, el día veintinueve de enero de 1929, Colección *O crece o muere*, Ateneo de Madrid, Madrid, diciembre de 1960, pág. 7.

³⁵³ ROGER STÉPHANE, «Moyen-Orient. L'Islam arabe», en *La Nef* (Juliard, París), año 11, diciembre de 1954, Nueva Serie, cuaderno IV, págs. 177-187, la cita en págs. 184-185.

³⁵⁴ J. BERQUE, *L'Egypte, imperialisme et révolution*, Ed. Gallimard, París, 1967; JAMES B. MAYFIELD, *Rural Politics in Nasser's Egypt. A quest for Legitimacy*, «Foreword» de Georges Lenezowski, University of Texas Press, Austin (Texas), 1971; ID., *Local government in Egypt: structure, process and the challenges of reform*, The American University in Cairo Press, Cairo, 1996; BENNO STERNBERG GARAL, «Révolution pour le haut dans les campagnes égyptiennes», en *Les Temps Modernes* (París), octubre de 1968.

³⁵⁵ J. U. MARTÍNEZ CARRERAS, *Introducción a la descolonización*, Forja, Madrid, 1983; L. MOITA, *El movimiento de los no-alineados. Historia y Doctrina*, Ed. Revolución, Madrid, 1983; ANA PASTOR SANMILLAN, *La descolonización. El tercer mundo*, Ediciones Akal, Los Berrocales del Jarama, Torrejón de Ardoz (Madrid), 1989, pág. 47.

³⁵⁶ FRITZ RENÉ ALLEMANN, *Die arabische Revolution. Nasser über seine Politik*, Ullstein Buch, núm. 610, Ullstein-Taschenbücher Verlag, 1958; C. E. BLACK, *The dynamics of modernization. A Study in comparative history*, New York, 1967, págs. 20 y sigs.

Ahora bien, si quisiéramos invocarlas, no nos faltarían tampoco experiencias de signo y efectos radicalmente contrarios. Ejemplos sonoros, y más que sonoros, muestras altamente persuasivas de estruendosos fracasos de sucesivos intentos de utilización del Derecho como instrumento de transformación social, económica y política. En la historia de los cuerpos sociales, en ocasiones, los rechazos pueden llegar a ser más violentos si cabe, que los que se producen en los cuerpos físicos³⁵⁷.

Recuérdese al respecto que ya en su discurso rectoral en la Universidad Humboldt de Berlín, «Gesetz und Richteramt» («La ley y la profesión judicial», Leipzig, 1885), el procesalista alemán, a quien se le considera el creador del movimiento para el tratamiento científico del proceso, que tendría su punto de partida en la publicación de la monografía «Die Lehre von der Prozess ein reden und die Prozessvoraussetzungen» («La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales», Giessen, 1868), epígono de la escuela histórica del derecho y muy anticipado heraldo de lo que con el tiempo sería denominado el «movimiento del derecho libre», con el correspondiente giro al voluntarismo, Oskar Bülow (1837-1907), no pudo dejar de reconocer que nunca el abstracto y nudo mandato de las normas consigue dominar por completo y controlar el variado movimiento de la vida colectiva³⁵⁸, lo que determina que en puridad la ley no produzca por sí misma el Derecho, sino que lo prepara. De tal manera que toda decisión judicial no es sólo la aplicación de una norma acabada, sino que tiene mucho de aportación creadora del Derecho³⁵⁹, por el carácter abierto que, por principio, pertenece a la ley³⁶⁰.

En base a tales experiencias fallidas —en todas las cuales se estableció como práctica generalizada el prescindir de «las molestas condiciones de posibilidad»³⁶¹ y se practicó una rebelión fallida contra la reali-

³⁵⁷ PAOLO GROSSI, «Modelos históricos y proyectos actuales...», art. cit., trad. cast. cit., pág. 543.

³⁵⁸ OSKAR BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Duncker und Humblot, Leipzig, 1885; ID., *Die Lehre von der Prozess in reden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1869 (reedición facsimilar, Scientia Verlag, Aalen, 1969).

³⁵⁹ PEDRO ARAGONESES ALONSO, «Teoría de la relación jurídica», en ID., *Proceso y Derecho Procesal. Introducción*, «Prólogo» de Werner Goldschmidt, segunda edición, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1977, págs. 203-204, la cita en págs. 203-204. Vid. la trad. del trabajo de Oscar von Bülow a cargo de Miguel-Angel Rosas Lichstein, publicada en el *Boletín del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe* (Santa Fe, República Argentina), 1952, núm. IV y sigs.

³⁶⁰ CHRISTIAN STARCK, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, trad. cast. de Luis Legaz y Lacambra del original en lengua alemana, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes* (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pág. 372.

³⁶¹ DANIEL INNENARITY GRAU, «voz «Utopía» en ANTONIO ARIÑO (editor), *Diccionario de la solidaridad*, volumen I, Cuadernos de Solidaridad, núm. 2, Fundació de Solidaritat i el

dad³⁶²— a) con cierta frecuencia los tratadistas y estudiosos de la Sociología jurídica, a quienes corresponde, según una convencional y discutible división del trabajo y deslinde de fronteras disciplinarias, tratar de manera más rigurosa y sistemática que los juristas y científicos del Derecho los problemas de las funciones de éste, y las cuestiones concernientes a su eficacia social o, si se quiere formularlo más ampliamente de las interconexiones en el conjunto de los Estados Unidos por impulso de las presiones y las apremiantes exigencias del movimiento prohibicionista que ya había conseguido, antes de que la enmienda se incorporara al texto constitucional, imponer su criterio contrario a las bebidas alcohólicas en la mayoría de los Estados de la Unión. Sólo quince Estados «permanecían todavía en régimen húmedo» cuando se votó favorablemente la enmienda XVIII. El movimiento prohibicionista, nacido en los Estados más puritanos de la Unión, terminó, a pesar suyo, transformando los Estados Unidos en una gigantesca destilería clandestina, lo que favoreció la emergencia con el tiempo de un auténtico clamor en contra de la prohibición, que determinó, que al poco de asumir la presidencia Franklin Delano Roosevelt en 1933, se procediera, por su iniciativa, a la abolición de la «Ley Seca».

Acaso el conocimiento de estas y otras experiencias semejantes sobre las relaciones entre el Derecho y la Sociedad³⁶³, y el análisis riguroso del problema o la dimensión fenomenológica del Derecho³⁶⁴ han determinado que concluya por atribuirse al Derecho una capacidad sólo limitada como instrumento a la hora de erradicar viejas prácticas o añejas formas de vida, o de moldear la sociedad, o de acomodarla a un proyecto.

En este sentido b) la historia ha documentado y puesto de manifiesto, y a su vez la memoria pública aún tiene presentes, bastantes, rotundos y costosos reveses y fracasos en los voluntaristas intentos de hacer mejores a las personas a través de meros cambios en la normatividad jurídica. Las relaciones existentes entre una sociedad y su Derecho, nunca son necesariamente del mismo orden que aquellas que se establecen entre una causa de-

Voluntariat de la Comunitat Valenciana-Bancaixa-Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 495-510, la cit. en pág. 496.

³⁶² HANNAH ARENDT (1906-1975), *The Origins of Totalitarianism*, André Deutsch, London, 1973, pág. 328.

³⁶³ ELÍAS DÍAZ GARCÍA, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Ediciones Taurus, Madrid, 1980, págs. 51 y 56.

³⁶⁴ NORBERTO BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, edición conjunta en cast. de los dos volúmenes que recogen cursos dictados en la Universidad de Turín por N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica e Teoria dell'ordenamiento giuridico* (editados por G. Giapichelli Editore, Torino, 1954 y 1956), trad. cast. de E. Rozo Acuña, Editorial Debate, Madrid, 1991, pág. 38.

terminada y sus efectos, sino más bien, del tipo de las que median entre la solución de un problema y los datos del mismo³⁶⁵.

Propósitos que, en última instancia, reafirmaban y acogían la concepción durkheimiana³⁶⁶, en cuya virtud se entendía a las normas morales como productos sociales; lo que supone considerar que «toda sociedad es una sociedad moral»³⁶⁷: toda moralidad proviene de la sociedad, no existe vida moral fuera de la sociedad, de tal manera que como mejor se puede entender a la sociedad es si la representamos como una planta o una factoría generadora y productora de moralidad, ya que la sociedad fomenta la práctica de comportamientos moralmente deseables y margina, suprime o en su caso evita la práctica de comportamientos moralmente indeseables. La alternativa al dominio moral de la sociedad no sería nunca, como pudiera creerse la autonomía humana, sino el gobierno de las pasiones animales³⁶⁸.

De todos los intentos fallidos de usar al Derecho a fin de tratar de alterar enraizadas pautas de comportamiento social, el que más vivo se encuentra en la memoria de quienes se forman y cultivan mayoritaria o exclusivamente mediante el conocimiento que pudieran suministrarles la filmografía y los vídeos norteamericanos, es sin duda el que representó la XVIII enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América (la conocida más comúnmente por «Ley seca» o «Ley Volstead») ³⁶⁹ mediante la que —por iniciativa de los influyentes grupos, muchos de ellos de ads-

³⁶⁵ LEO HUSSON, «La science du Droit et de la Sociologie», en *Revue de l'Institut de Sociologie* (Université Libre de Bruxelles), núm. 2, 1958, págs. 287-308.

³⁶⁶ ROBERT A. NISBET, *The Sociology of Emile Durkheim*, Oxford University Press, New York, 1974; LUIS RECASÉNS SICHES, «Balance sobre Durkheim», en *Revista Mexicana de Sociología* (México), año XXI, vol. XXI, núm. 3, septiembre-diciembre de 1959, págs. 875-891.

³⁶⁷ GEORGE DAVY, «Para el centenario del nacimiento de Emile Durkheim», en *Revista Mexicana de Sociología* (México), año XXI, vol. XXI, cit., págs. 159-179; BRUCE P. DOHRENWEND, «Egoísmo, altruismo, anomía y fatalismo: un análisis conceptual de los tipos durkheimianos», en el volumen de la *Revista Mexicana de Sociología*, ya cit., págs. 1077-1091; EMILE DURKHEIM (1858-1917), *De la división du travail social* (1893), Presses Universitaires de France, Paris, 1967, pág. 206; RAYMOND ARON (1905-1983), *Les étapes de la pensée sociologique*, Ed. Gallimard, Paris, 1967, pág. 325.

³⁶⁸ ZYGMUNT BAUMAN (n. 1925), *Modernidad y holocausto*, trad. cast., de Ana Mendoza, del original *Modernity and Holocaust* (Polity Press-Blackwell Publishers Limited, Cambridge-United Kingdom, 1989), primera reimpresión, Ediciones Sequitur, Madrid, abril de 1998, págs. 223-229: «La sociedad como fábrica de moralidad».

³⁶⁹ DEXTER PERKINS, *The New Age of Franklin Roosevelt 1932-1945*, The University Chicago Press, Chicago, 1957; PAMELA ROBY, «Politics and Criminal Law: Revision of the New York State Penal Law on Prostitution», en *Social Problems*, vol. XVII, verano de 1969, págs. 83-109; A. L. STINCHOMBE et alii, *Crime and Punishment. Changing Attitudes in America*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco (California), 1988, págs. 31 y sigs.

cripción religiosa, defensores de la abstinencia, que terminó resultando que en realidad eran minoritarios y representaban los valores e intereses de un sector muy activo, si bien escasamente numerosos de la población, conclusión que se vio confirmada tras la publicación de la investigación sobre el contexto, desarrollo y aplicación de la disposición prohibicionista realizado por Joseph Gusfield³⁷⁰— se prohibió la elaboración, transporte y venta de bebidas alcohólicas, es el ejemplo más paradigmático de todos estos grotescos fracasos³⁷¹, ya que el conjunto de incidencias todo tipo que acompañaron a los intentos de hacer efectiva la norma, concluyeron por generar una espectacular escalada represiva que produjo funestas consecuencias en el orden de la política criminal³⁷².

No creo que sea conveniente tratar de insertar entre las tareas propias del Derecho la de imponer la Moral, criminalizando conductas o actividades que de acuerdo con determinados credos se estiman moralmente reprochables³⁷³, ni es razonable que las sociedades deleguen el reforza-

³⁷⁰ JOSEPH GUSFIELD, *Symbolic crusade*, University of Illinois Press, Urbana (Illinois), 1963.

³⁷¹ CATLIN, *Liquor Control*, Holt, 1931; JOSEPH R. GUSFIELD (n. 1923), *Symbolic Crusade, Status Politics and the American temperance Movement*, University of Illinois Press, 1963; ID., «Moral Passage: the Symbolic Process in Public Designations of Deviance», en *Social Problems*, vol. XV, 1967, págs. 175 y sigs.; ID., «Status Conflicts and the Changing Ideologies of the American Temperance Movement», en DAVID J. PITTMANN y CHARLES R. SYNDER (editores), *Society, Culture and Drinking Patterns*, Wiley, New York-London, 1962, págs. 101-120; ID., *Community: a critical response*, Harper colophon books, Harper and Row, New York-London, 1978; ID., *Contested meanings: the constitution of alcohol problems*, University of Wisconsin Press, Madison (Wisconsin), 1996; ID., *The culture of public problems: drinking-driving and the symbolic order*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1981; ID. (editor), «Introduction a Kenneth Burke», *On Symbols of society*, Col. «The Heritage of Society», University of Chicago Press, Chicago-London, 1989; WILLIAM CHAMBLISS, «Toward a Political Economy of Crime», en *Theory and Society*, vol. II, verano de 1995; ID., JOSEPH R. GUSFIELD, ENRIQUE LARAÑA y HANK JOHNSON (n. 1947), *New social movements: from ideology to identity*, Temple University Press, Philadelphia, 1994 (trad. cast. *Los nuevos movimientos sociales: de la ideología a la identidad*, Col. «Academia», Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1994, hay primera reimpresión de 2001); A. SINCLAIR, *Prohibition. The Era of Excess*, Faber, London, 1962, págs. 212 y sigs.; C. WARBURTON, «Prohibition», en E. R. A. SELIGMAN y A. JONSON (editores), *Encyclopedia of the Social Sciences* (MacMillan, New York), vol. XII, 1933, págs. 499-510.

³⁷² RICHARD QUINNEY, *The Social Reality of Crime*, Little Brown, Boston, 1970, págs. 15 y sigs.; ID., *Critique of Legal Order*, Little Brown, Boston, 1974, págs. 16 y sigs.; HARREL R. RODGERS y ROGER HANSON, «The Rule of Law and Legal Efficacy: Private values versus Social Standards», en *The Western Political Quarterly* (Salt Lake City, Utah), vol. XXX-VII, núm. III, septiembre de 1974, págs. 387-394.

³⁷³ RESEARCH AND FORRECAST INC, *American Afraid. How Fear of Crime Changes the Way We Live. Based on the Widely Publicized Figgie Report*, New American Library, New York, 1963, págs. 16 y sigs.; FREDERICK KAISER, «Federal Law and Enforcement. Structure and Reorganization», en *Criminal Justice Review*, núm. V, otoño de 1980, págs. 109-118.

miento de la práctica de conductas que estiman morales recurriendo al Derecho para controlarlas a través de sus instrumentos jurisdiccionales o gubernativos, ni siquiera pienso que tales intentos suelen ser acompañados de éxito.

Ya lo apostillaba Jeremy Bentham en «An introduction to the Principles of Moral and Legislation» («Una introducción a los principios de la moral y de la legislación», Londres, 1789); ¿Con qué posibilidades de éxito podrá un legislador extirpar el alcoholismo o la fornicación, a través de la sanción legal? Ni siquiera todas las torturas que el ingenio puede inventar serían suficientes, y antes de que hayan hecho algún progreso que merezca ese nombre, el castigo habrá producido una tal cantidad de daño, que excederá más de mil veces el producido por la ofensa³⁷⁴.

Punto de vista que con el tiempo reiterará quien fuera Decano de la Facultad de Letras de la Universidad de Dijon y primer traductor al francés de gran parte de la obra de Immanuel Kant, Claude Joseph Tissot (1801-1871), en el parágrafo cuarto del Capítulo I, del Libro I, de su «El Derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo o Introducción filosófica e histórica al estudio del Derecho Penal» (1880), cuyo título es toda una tesis: El soberano no tiene la misión directa de hacer que reinen las buenas costumbres, y si quiere corregirlas por la fuerza, las corrompe», cuando sostiene: «Porque se entendía así, y no se hacía distinción en la ley moral entre el precepto de lo honesto y el de lo justo, porque se consideraba que es conveniente o justo llenar todos los deberes que ella impone e injusto el no cumplirlos, se propendió desde un principio a llevar a las leyes positivas, expresión más o menos fiel de la ley natural, todas las prescripciones de ésta última»³⁷⁵.

En «The New Golden Rule. Community and Morality in a Democratic Society» («La nueva regla de oro. Comunidad y moral en una sociedad democrática», 1996), el profesor de la «George Washington University», antiguo presidente de la «American Sociological Association», Amitai Etzioni, insiste en la misma línea argumental, reprochando a las sociedades totalitarias la tendencia a suponer que pueden tratar sin miramientos a la naturaleza humana en su afán por imponer los valores que sus respectivas

³⁷⁴ JEREMY BENTHAM (1748-1832), *An introduction to the Principles of Moral and Legislation*, Hafner Publications Co., New York, 1948, pág. 320. Hay edición de James Henderson.

³⁷⁵ J. TISSOT, *El Derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo. Introducción filosófica e histórica al estudio del Derecho penal*, versión castellana de la edición de 1880 por J. Ortega García, aumentada con notas y algunas indicaciones bibliográficas del autor por A. García Moreno, tomo I, F. Góngora y Compañía Editora, Madrid, 1880, págs. 32-37.

élites favorecen. «De ahí su capacidad limitada para conseguir que sus ciudadanos asuman de verdad los valores de la sociedad, así como su importante dependencia, a estos efectos, de la propaganda, y sobre todo de la coerción...», aunque «las sociedades totalitarias no sean las únicas que subestiman las restricciones que impone la naturaleza humana a la hora de diseñar su política... las buenas sociedades, y precisamente porque necesitan que su orden esté basado en fuertes compromisos contraindicados voluntariamente y preservar un nivel elevado de autonomía de las personas, se limitan especialmente a la hora de incentivar programas morales «heroicos», esto es, programas que plantean a sus destinatarios graves exigencias»³⁷⁶.

En otros pasajes del mismo texto, y frente a quienes argumentan que, después de todo lo que se ha dicho en contra, lo cierto es que la Ley Seca fue efectiva. Amitai Etzioni sostiene que «si se otorga gran valor a un orden social voluntario la combinación de corrupción potenciada y acción política implícita militan contra esta orientación, aún cuando con ello se consiga reducir en cierta medida la práctica de la conducta no deseada, «por encima de todo, obsérvese —concluye— que la Ley Seca se autodestruyó»³⁷⁷.

«Ley Seca» que solo rivalizaría en el elevado grado de fracaso e ineficiencia que conoció, con la legislación civil revolucionaria propugnada por el político y teórico revolucionario ruso Vladimir Ilitch Uliánov Lenin (1870-1924) a partir de 1917, en los años que siguieron a la revolución, y que se caracterizaron por la desorganización y el desorden³⁷⁸; legislación que se proponía —en coherencia con la concepción del cambio social y del conflicto inevitable entre el innovador social y las tradiciones³⁷⁹— borrar el conjunto del Derecho de Familia zarista, de conformidad con el con-

³⁷⁶ AMITAI ETZIONI, «La naturaleza humana como coerción: los límites del heroísmo ético», en ID., *La nueva regla de oro. Comunidad y moralidad en una sociedad democrática*, trad. cast. de Marco-Aurelio Galmarini Rodríguez, del original en inglés, *The New Golden Rule. Community and Morality in a Democratic Society* (Basic Books, Harper Collins Publishers, 1996), Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1999, págs. 205-208, la cita en págs. 206-207.

³⁷⁷ AMITAI ETZIONI, «La voz moral», en ID., *La nueva regla de oro. Comunidad y moralidad...*, ob. cit., ed. cit., trad. cit., Capítulo V, págs. 149-191, la cita en pág. 174.

³⁷⁸ JOHN FINCH, *Introducción a la teoría del Derecho*, trad. cast. de Francisco Laporta San Miguel, del original *Introduction to Legal Theory* (Sweet and Maxwell, London, 1974), Editorial Labor, Barcelona, 1977, pág. 243; LLOYD, *Introduction to Jurisprudence*, Stevens and Sons, London, tercera edición, 1972, págs. 634-635.

³⁷⁹ JOHN MCLEISH, *La teoría del cambio social. Cuatro perspectivas*, trad. cast. de Juan José Utrilla, del original *The Theory of Social Change. Four Views Considered* (Routledge and Kegan Paul, London, 1964), Fondo de Cultura Económica, México, enero de 1984, págs. 23-24, 28 y 30.

cepto mismo de revolución como ruptura absoluta de la situación dada y aurora de una soñada nueva humanidad³⁸⁰. Nueva legislación que, de hecho, no llegó nunca a penetrar en las costumbres, ni modificó las mentalidades, y generó consecuencias del todo tipo indeseables³⁸¹, y muy alejadas de las que determinaron y se tuvieron presentes a la hora de la promulgación de aquellas normas.

Con todo, parece difícil negar de forma incondicionada que al Derecho le pueda corresponder, si bien con carácter limitado y ocasional al menos, la realización de una cierta función paidética al modo de instrumento de educación y de perfeccionamiento ético del ciudadano³⁸², o de instrumento de pedagogía nacional³⁸³. Así lo pretendieron bastantes legisladores o inspiradores de éstos, como es el caso del ideólogo constitucional de la República Argentina tras la caída (abril de 1852) de la dictadura de Juan Manuel de Rosas (1793-1877), Juan Bautista Alberdi (1810-1884) —cuyo ensayo «Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina» suministró bastantes de los fundamentos de la Constitución que elaboró el Congreso Constituyente reunido en Santa Fe, cuando, dieciocho años después de la promulgación de la Constitución Nacional que había inspirado— la que más prolongada vigencia, y formal ha tenido en el país, llega a constatar que el código político de la organización nacional cuya paternidad nadie le discute³⁸⁴, aun no había funcio-

³⁸⁰ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ DE CARANDE, «La revolución y su signo mesiánico», en ID., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público...*, ob. cit., ed. cit., págs. 17-26, la cita en pág. 17.

³⁸¹ STUART HILL, *Crime, Power and Morality: the Criminal Law Process in the United State*, Chandler Publishing, Seranton, 1971; NICHOLAS S. TIMASHEFF, «The Attempt to Abolish the Family in Russia», en *The Ecologist*, IV, 4, 1974, págs. 144 y sigs.

³⁸² RODRIGO FERNÁNDEZ-CARVAJAL (1924-1997), «Las Leyes fundamentales como instrumento de pedagogía nacional», en MANUEL FRAGA IRIBARNE, JUAN VELARDE FUERTES y SALUSTIANO DEL CAMPO URBANO (directores), *La España de los años setenta*, Madrid, 1974, volumen III, tomo I, págs. 1083-1096; THEODOR GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied a. R., Berlin, 1964, pág. 80; RENATO TREVES (1907-1992), *Introduzione alla sociologia del diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, segunda edición, 1980, pág. 243. En contra, vid. JEAN CARBONNIER, «Variations sur la loi pedagogue», en el volumen colectivo, *Società, norme e valori. Studi in onore di Renato Treves*, edición cuidada por Uberto Scarpelli y Vincenzo Tomeo, Università degli studi di Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1984, págs. 1-22; NIKLAS LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Reimbek bei Hamburg, 1972, vol. II, págs. 224-226.

³⁸³ RODRIGO FERNÁNDEZ CARVAJAL, «Las Leyes fundamentales como instrumento de pedagogía nacional», en MANUEL FRAGA IRIBARNE, JUAN VELARDE FUERTES y SALUSTIANO DEL CAMPO URBANO (editores), *La España de los años setenta*, volumen III: «El Estado y la política», tomo I, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1974, págs. 1083-1096.

³⁸⁴ UMBERTO QUIROGA LAVIÉ, «Un viaje de fantasía que nos trae a nuestra realidad», en JUAN-CARLOS LORÍA (compilador), *Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz*, Colegio Santo Tomás de Aquino, Universidad Nacional Autónoma de Centroamérica, San José, Costa Rica, 1994, págs. 1-10, la cita en pág. 1.

nado como instrumento eficaz de civilización ética y cívica³⁸⁵, ni a los fines de preparar para la vida política, o para la participación en los asuntos públicos, como uno de los elementos de los que la sociedad se sirve para avanzar en la socialización de las personas³⁸⁶.

En cualquier caso debe anotarse que el mayor influjo del Derecho en el ecosistema moral y social se suele producir mediante lo que podríamos denominar su actividad negativa. Con frecuencia, y lo puesto de manifiesto Mary Ann Glendon, la legislación sobre la familia puede contribuir con mayor eficacia al asentamiento de las tendencias disgregadoras de la familia que a su fortalecimiento³⁸⁷. De hecho, en más de una circunstancia, esta condición, tantas veces reivindicada como impugnada, del Derecho como elemento favorecedor de la educación cívica se ha materializado, si bien no por ello es menos cierto, que en muchas otras ha fracasado, o no ha llegado a alcanzar la efectividad que le auspiciaban quienes propiciaron este tipo de usos, funciones o actitudes educadoras del Derecho.

Acaso se trate del influjo y la utilidad que en la experiencia jurídica, en la vida de las leyes (vigencia) pudieran llegar a tener los efectos derogatorios del desuso o «costumbre negativa», pérdida de validez de las normas jurídicas por desaparición del hábito valorativo³⁸⁸ —mediante el que se

³⁸⁵ JUAN BAUTISTA ALBERDI (1810-1884), *Peregrinación de Luz del Día* (1871), reimpressa por el Centro Editor de América Latina [junto con la clásica obra del antagonista de Alberdi, el político, militar, notable autodidacto, pedagogo y escritor argentino Domingo Faustino Sarmiento (1811-1888)] «Facundo o Civilización y barbarie», ensayo sociopolítico a la vez que crónica histórica que se había publicado como folletín en *El Progreso* el año 1845; como es sabido por todos los que conocen la Historia de las Ideas políticas y artísticas argentinas, Sarmiento y Alberdi sostuvieron enconadas polémicas, Buenos Aires, 1993.

³⁸⁶ K. KULESAR, «The Educational Role of Law in the Socialist Society», en *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, 1962, tomo IV, fasc. 3-4, págs. 93 y sigs.; J.-G. PADIOLEAU, «Etudes de socialization politique», en *Revue française du sociologie* (Paris), 1970, págs. 84 y sigs.; CATHERINE RAGUIN, «Le défi juridique, le droit est-il un mécanisme de socialisation?», en *L'homme et la société* (Paris), 1971, págs. 119 y sigs.

³⁸⁷ MARY ANN GLENDON, *The Transformation of Family Law. State Law and Family in the United States and Western Europe*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1986, págs. 311-313; RAFAEL NAVARRO VALLS, *El ecosistema moral y la responsabilidad de los legisladores*, epílogo III de ID., «Ley Civil y Ley Moral: la responsabilidad de los legisladores», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, número 26, págs. 33-35; PH. REMY, «Philosophie du mariage civil dans la législation contemporaine», en *L'Année Canonique*, 1989, pág. 30.

³⁸⁸ AMBROSIO L. GIOJA, «El desuso en el derecho», en ID., *Ideas para una filosofía del derecho*, Compilación y «Prólogo» de Ricardo Entelman, editado por Sucesión de Ambrosio L. Gioja, Buenos Aires, 1973, tomo I, págs. 185-194, la cita en pág. 189; ID., «La costumbre jurídica», en ID., *Ideas para una filosofía del derecho*, ob. cit., ed. cit., tomo II, págs. 155-203.

atribuye eficacia derogatoria a la práctica reiterada de comportamientos contrarios a las normas, que va seguida por la puesta en marcha de las sanciones o consecuencias desfavorables para el infractor que de ordinario suceden a las transgresiones de normas; se trata, como entiendo que es notorio, de una regla por la que se vacían de validez las normas que no se aplican, que pierden así la fuerza obligatoria de que estaban dotadas, si bien se trata de una figura que ha sido excluida expresamente en la mayor parte de los ordenes jurídicos, codificados, en cuyos sistemas normativos suelen acogerse de manera expresa prohibiciones «a contrario» de la «desuetudo»³⁸⁹.

De los efectos derogatorios del desuso se ocupó, en lo que parece que era bastante más que un «ober dicta» de su pieza oratoria, Jean-Marie-Etienne Portalis (1745-1807)³⁹⁰, uno de los juristas comisionados, junto con François-Denis Tronchet (1726-1805, defensor de Luis XVI en el proceso que concluyó con su condena al patíbulo, magistrado, traductor y literato), Jacques Maleville (1741-1824, «fiel a sí mismo»³⁹¹, autor de los cuatro volúmenes del «Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'État», 1804-1805, obra de gran éxito editorial, traducida al alemán, y cuya notoriedad en medida no menor se debe al hecho de que la célebre exclamación de Napoleón: «Mon Code est perdu»³⁹² respondía, al parecer, al hecho que el Emperador había sabido de la publicación del «Analyse», que recibió con el desdén que de ordinario refieren los historiadores) y Félix-Julien-Jean Bigot Préameneu (1747-1825, autor³⁹³, entre otros —ninguno de los cuales ha llegado a nosotros³⁹⁴— de un trabajo, re-

³⁸⁹ HANS Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, trad. cast. de la segunda edición en lengua alemana, revisada y considerablemente aumentada («Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit», Franz Deuticke Verlag, Wien, 1960) a cargo de Roberto-José Vernengo (la primera edición apareció el año 1979), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993, pág. 224.

³⁹⁰ Autor durante su exilio del tratado *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle*, dos volúmenes, Paris, 1820. Vid. G. BRESSOLES, «Les rédacteurs du Code Napoléon», en *Revue de législation et jurisprudence* (Paris), tomo 43, 1852 (esta revista suele citarse como *Revue Wolowski*, por su director M. Wolowski, que cuidó de las cuarenta y siete volúmenes que aparecieron entre 1834 y 1853).

³⁹¹ EMILE ACOLLAS, *Introduction à l'étude du droit*, Librairie A. Mareseq Ainè-A. Chevalier-Mareseq, Suasseui, Paris, 1885, págs. 61-62: «Maleville»; ID., *Manuel de droit civil, commentaire philosophique et critique du Code Napoléon, contenant l'exposé complet ses systèmes juridiques*, segunda edición, tres volúmenes, Paris, 1874-1877.

³⁹² EUGÈNE GAUDEMET, *L'interprétation du Code Civil en France depuis 1804*, Bâle y Paris, 1935, pág. 13.

³⁹³ NOUGARÈDE DE FAYET, *Notice sur Félix-Julien-Jean Bigot de Préameneu*, Paris, 1843.

³⁹⁴ Salvo su respuesta al discurso de recepción de Frayssinou en la Academia francesa. Vid. EMILE ACOLLAS, *Introduction à l'étude du droit*, Librairie A. Mareseq Ainè-A. Chevalier-Mareseq, Sucesseui, Paris, 1885, pág. 61.

dactado en prisión, durante la Convención, sobre los asentamientos europeos en las dos Indias) el 24 thermidor del año VIII (1800) por Napoleón Bonaparte, entonces primer cónsul, para que redactaran lo que sería el proyecto definitivo del Código Civil —en el «Discurso preliminar» mediante el que presentó, el primero de Pluvioso del año IX (1802) al Consejo de Estado, órgano que en ciento dos sesiones debatió y dio su aprobación a las disposiciones del Código³⁹⁵, el Proyecto del Código Civil de los franceses («Code Civil des Français», ley del treinta ventose del año XII, 1804) que terminaría siendo identificado como «Código Napoleón» a partir de la segunda edición (1807), producto, en no pequeña medida, de la tradición francesa del derecho común, con remisiones a principios, clasificaciones, nomenclaturas y propuestas del Derecho natural del Iluminismo dieciochesco³⁹⁶. Código que, como es notorio, llegaría a gozar de una extraordinaria expansión territorial³⁹⁷, y habría de servir de modelo a nuestro Código civil y a tantos otros Códigos civiles de la Europa continental. Desuso al que Portalis describió con innegable habilidad e ingenio: «este indeliberado acuerdo, este poder invisible, en virtud del cual, sin necesidad de auxilio y conmociones, los pueblos ajustician a sus malas leyes, la sociedad parece ampararse de los errores del legislador, y éste, a su vez, se protege de sí mismo»³⁹⁸.

³⁹⁵ NORBERTO BOBBIO, «La elaboración y aprobación del proyecto definitivo: Portalis», epígrafe XVI de ID., *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho*, reunidas por el Doctor Nello Morra, trad. cast. de Rafael de Asís Roig y Andrea Greppi del original *Il positivismo giuridico* (G. Giappichelli Editore, Torino, segunda edición, 1977), Editorial Debate, Madrid, 1993, págs. 8-88.

³⁹⁶ ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, con «Preface» (págs. I-VII) de Michel Villey, Bibliothèque de philosophie du droit, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon y R. Durand Auzias, Paris, 1969, págs. 31-32, 54-58, 212-213, 216-218 y 218-222; J. L. HALPERIN, *L'impossible Code civil*, Paris, 1992, págs. 51 y sigs. y 267 y sigs.; J. W. HEDEMAN, «Wert der Entwürfe: Arbeit am Volksgesetzbuch», en *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Reich*, 1943, 1/2, págs. 3 y sigs.; RENÉ SAVATIER, *L'art de faire les lois. Bonaparte et le Code Civil*, Paris, 1927; ID., «Destin du Code Civil français», en *Revue Internationale de Droit Comparé* (Paris), vol. VI, 1954, págs. 637 y sigs.; WILHELM, «Portalís und Savigny», en *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing*, 1982, págs. 445 y sigs.; KONRAD ZWIEGERT (1911-1996), y HEINZ KÖTZ, *Introducción al Derecho comparado*, trad. cast. de Arturo Aparicio Vázquez, revisión técnica de Alejandro Torres Estrada de la tercera edición con índice de *Introduction to Comparative Law* (Oxford University Press y J. C. B. Mohr-Paul Siebeck-1998, London-Tübingen), Oxford University Press México, SA, México, 2002, pág. 97.

³⁹⁷ ANTONIO POLO, extracto de la conferencia pronunciada en la Universidad Internacional de Santander, Curso de verano de 1934 por Demófilo de Buen, «Las transformaciones del Derecho privado», en *Revista de Derecho Privado* (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid), tomo XXI, núm. 254, quince de noviembre de 1934, págs. 356-368, la cita en pág. 358.

³⁹⁸ JEAN-MARIE-ETIENNE PORTALIS (1745-1807), «Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil» presentado el primero de pluvio del año IX por la Comisión designada

Sea como fuere, lo cierto es que, a la hora de abordar la categórica eficacia como predicado de las normas jurídicas, cuestión cuyo tratamiento ha sido siempre privilegiado por las teorías realistas y sociológicas del Derecho³⁹⁹, uno de los criterios determinantes es el que concierne a la llamada «eficacia como éxito». Modalidad de eficacia conocida como eficacia sin adjetivos en la terminología de Juan-Ramón Capella Hernández⁴⁰⁰, o como efectividad en la nomenclatura de Rafael Hernández Marín⁴⁰¹.

Se dice que una norma ha alcanzando dicha modalidad de eficacia si de hecho funciona como el instrumento que genera el estado de cosas que había pretendido producir, al promulgarla, el edictor de la norma⁴⁰²; o, por decirlo con los términos que utiliza Giovanni Tarello, mediante esta modalidad de eficacia se designa el impacto particular de la norma, cuando este impacto «va en la dirección deseada» por quien la ha establecido⁴⁰³. No obstante incurriríamos en una ingenuidad por encima de todo lo razonable, si sostuviéramos que una norma ha tenido éxito al conseguir la finalidad pretendida, si para alcanzar esta ha generado, con ocasión de su cumplimiento o de su aplicación, efectos colaterales negativos desproporcionados tanto si estos se hubiesen podido haber previsto en el momento de adoptarla como norma, como si hubiesen absolutamente im-

por el Gobierno consular (1802), trad. cast., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, pág. 54; ID., «Discours préliminaire au projet de l'an VII», en P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil...*, tomo I, Paris, 1827 (hay reimpresión de 1968).

³⁹⁹ ROBERT ALEXI (n.1945), «Conceptos del derecho primariamente orientados hacia la eficacia», en ID., *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, trad. cast. de Jorge M. Seña del original, *Begriff und Geltung der Rechts* (Alber Verlag, Freiburg in Brissgau-München, 1992), Colección «Estudios Alemanes», Editorial Gedisa, SA, Barcelona, mayo de 1994, págs. 22-26 (hay segunda edición, 1997); KLAUS F. RÖHL, *Rechtssoziologie*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1987, págs. 243 y sigs.; HUBERT ROTTLEUTHNER, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Freiburg-München, 1981, págs. 91 y sigs.

⁴⁰⁰ JUAN-RAMÓN CAPELLA HERNÁNDEZ, *El Derecho como lenguaje*, Ed. Ariel, Barcelona, 1968, pág. 105.

⁴⁰¹ RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1989, pág. 300.

⁴⁰² ROMANO BETTINI, «Efectivité ed eficacia del Diritto nella prospettiva della legittimazione», en *Sociologia del Diritto* (Franco Angeli, Milano), 1984, vol. 1, págs. 211-217; ID., voz, «Efficacità», en *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, dirigida por André-Jean Arnaud, Librairie Générale du Droit et Jurisprudence», segunda edición, 1993, pág. 220; LETICIA BONIFAZ, *El problema de la eficacia en el Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1993, págs. 10 y sigs.; LAWRENCE M. FRIEDMAN, *The Legal System. A Social Science Perspective*, Russell Sage, New York, 1987, págs. 47 y sigs.; MARÍA-JESÚS MONTORO, *Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; WALTER OTT, *Der Rechtspositivismus*, Berlin, 1976, págs. 33-98.

⁴⁰³ GIOVANNI TARELLO (1934-1987), *Cultura jurídica y política del Derecho*, trad. cast. de Isidro Rosas Alcántara, del original, *Cultura giuridica e politica del diritto* (Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1988), Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pág. 412.

sibles de prever en ese momento ⁴⁰⁴. Una eficacia del tipo de la eficacia como éxito adquiere particular relevancia en cuanto Estado Social, en el Estado provisto de fines precisos acerca de cómo debieran configurarse las relaciones económicas, repartirse los bienes y suministrar ciertos servicios ⁴⁰⁵. Sólo cuando existe coincidencia entre el impacto producido con la aplicación de la norma y la realización de la finalidad normativa es posible tratar de fijar (medir) el grado de éxito o de fracaso de una norma en relación con su finalidad.

A tales efectos resulta corriente destacar que cuando el Derecho no ha generado los cambios sociales previstos, al no aplicarse, pese a que concurren las condiciones de aplicación, o al no producir los efectos previstos con su aplicación, cuando se concluye que ha fracasado como modo de regulación social, la situación producida, el fracaso o la impotencia del Derecho como instrumento de cambio social, puede haberse debido a distintas causas perturbadoras de naturaleza en principio bien diversa: a) Error o errores en el designio inicial. b) La excesiva ambición del legislador. c) El desconocimiento por parte de este acerca de las condiciones reales existentes de la sociedad, o el cambio de las circunstancias o de las condiciones sociales, económicas o políticas, con respecto a las existentes en el momento en que se procedió a establecer la regulación acerca de cuya eficacia nos ocupamos. d) No adecuación a los valores hegemónicos, mayoritarios o dominantes en la conciencia social o en la cultura política. e) Falta de previsión de las necesarias medidas potenciadoras de la eficacia. f) Aceleración del ritmo de la vida social. g) Trasferencia de gran parte de las funciones del derecho, y particularmente de su función de regulación social ⁴⁰⁶, a la tecnología, a la economía, y a otros agentes y herramientas

⁴⁰⁴ RICCARDO GUASTINI, *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, trad. cast. de Jordi Ferrer i Beltrán, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, págs. 356-364; JOSÉ-JUAN MORESO y PABLO E. NAVARRO, «Aplicabilità ed efficacia delle norme giuridici», en PAOLO COMANDUCCI y RICCARDO GUASTINI (editores), *Strutture e dinamica dei sistemi giuridici*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1996, págs. 15-35; PABLO E. NAVARRO, *La eficiencia del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990; ID., «Normas, sistemas jurídicos y eficacia», en *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, núm. LXIV, 1990, págs. 41-54; JEROME H. S. SKOLNICK, «Coertion to Virtue the Enforcement of Morals», en *Southern California Law Review*, vol. 41, 1968, págs. 588 y sigs.; JEREMY WALDRON, «Why Law-Efficacy, Freedom or Fidelity?», en *Law and Philosophy*, núm. XIII, 1944, págs. 259-284; N. WALKER y M. ARGYLE, «Does the Law Affect Moral Judgement?», en *British Journal of Criminology*, 1964, págs. 570 y sigs.

⁴⁰⁵ LUIS PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo*, Ed. Fontamaria, México, 1997, pág. 19.

⁴⁰⁶ JACQUES CHEVALLIER, «De quelques usages du concept de régulation», en MICHEL MIALLE (editor), *La régulation entre droit et politique*, Ed. L'Harmattan, Paris, 1995, págs. 71-93.

sociales, o h) Toda una serie de circunstancias que derivan de las características o propiedades que singularizan al derecho moderno ⁴⁰⁷.

La resistencia de las cosas a su fácil manipulación, «la revuelta de los hechos» frente a los hechos, nos hace ver los límites que encuentra el poder de transformarlos y la conveniencia de no exagerar el movimiento ⁴⁰⁸.

Causas, razones y condiciones todas ellas que explican las discordancias entre las normas jurídicas y las prácticas sociales, y de las que ofreció tan acabada como convincente cuenta el filósofo del derecho norteamericano, auténtico pope de la filosofía del otro lado del Atlántico durante algo más de la primera mitad del siglo XX, y decano en ejercicio a lo largo de veinte años —entre 1916 y 1936— de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, Roscoe Pound (1870-1964) en una serie de memorables estudios llenos a rebosar de una magnífica penetración ⁴⁰⁹, centrados tanto en las dificultades que acucian al Derecho como forma altamente especializada de control social, como en la consideración de los medios en orden a obtener la eficacia, la efectividad y la eficiencia de las normas jurídicas. Contribuciones que se inician con la publicación: a) en el año 1910 en la «American Law Review» del trabajo fundacional «Derecho en los libros y Derecho en acción» («Law in Books and Law in Action», vol. XLIV, págs. 12-36, en el que se contiene la primera enunciación en el Nuevo Continente de la distinción de «las reglas que se dice que deben gobernar las relaciones sociales» —«law in books»— y las reglas que de hecho gobiernan sociedades-«law in action» ⁴¹⁰ ⁴¹¹; que encuentran continuidad b) en un escrito de 1911 en el que se nos proporciona una de las

⁴⁰⁷ RODRIGO FERNÁNDEZ CARVAJAL (1924-1997), «Política nueva, derecho nuevo», en *Saber leer* (Fundación Juan March, Madrid), núm. 90, 1995.

⁴⁰⁸ DANIEL INNERARITY GRAU (n. 1959), *La transformación de la política*, coeditado por Ediciones Península y el Ayuntamiento de Bilbao, Barcelona, mayo de 2002, pág. 23.

⁴⁰⁹ KARL N. LLEWELLYN (1893-1962), «A Realistic Jurisprudence: the next step», en *Columbia Law Review*, 431, 1930, nota 4. (Artículo reimpresso en ID., «Jurisprudence. Realism in theory and practice», 1962, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1971, págs. 3-41).

⁴¹⁰ GIOVANNI BOGNETTI, *Il pensiero filosofico giuridico nordamericano del XX secolo. I fondatori: Holmes, Pound, Cardozo*, Università di Milano, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza-Istituto Editoriale Cisalpino, Milano, febrero de 1958, págs. 63-107 (Capítulo III: «Pound»).

⁴¹¹ ROSCOE POUND, «Law in Books and Law in Action» (1910), recogida en WILLIAM W. FISHER, MORTON J. HORWITZ y THOMAS A. REED (editores), *American Legal Realism*, Oxford University Press, New York, 1993, págs. 39-44 (no completo); ID., *El espíritu del Common Law*, trad. cast. de José Puig Brutau, Lib. Editorial Bosch, Barcelona, 1954; ID., *Sociologie du droit*, trad. francesa en el volumen colectivo «La sociologie du XX^e siècle», Paris, 1947, vol. I, págs. 302 y sigs.; W. E. RUMBLE, *American Legal Realism*, Ithaca-New York, 1968, págs. 29-34; GIOVANNI TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1962.

mejores visiones panorámicas del universo jurídico del cambio de siglo, «The Scope and Purposes of Sociological Jurisprudence» («El alcance y los fines de la Jurisprudencia sociológica», *Harvard Law Review*, vol. XXV, junio de 1911, págs. 147-154), y en el que Roscoe Pound se compromete de manera decidida en la evaluación tanto de las instituciones como de las soluciones jurídicas, en consideración al valor social que se les deba atribuir por sus resultados o consecuencias prácticas, y no, como hasta entonces era más común hacerlo, en atención a la preservación de la continuidad lógica del sistema⁴¹², y que tienen rotunda conclusión c) con la aparición el año 1917 en el número veintisiete de la revista «International Journal of Ethics» del seminal artículo «Los límites de la acción legal efectiva» («The Limits of Effective Legal Action», págs. 150 y sigs.)⁴¹³. Con la perspectiva de hoy no hay duda que podemos considerar que en su momento fueron sobrevalorados, pero tampoco puede discutirse que en ese mismo tiempo sirvieron para agitar las conciencias y esclarecer más de una cuestión que permanecía opaca al común de los estudiosos.

Estos, y otros muchos artículos, se desarrollan, eso sí, en el ámbito de su característica visión pragmatista e ingenieril del Derecho como instrumento de control social y de forma específica de coordinación de intereses humanos, que debe acoplarse y sintonizar con las exigencias de cada momento histórico⁴¹⁴, y trata de conseguir el mayor número de satisfacciones, «siendo las necesidades de los individuos infinitas y los bienes para satisfacerlos muy limitados... esta técnica social llamada derecho... regula la satisfacción de algunas de ellas en detrimento de la satisfacción de otras»⁴¹⁵, y que no tiene nada que permita presentarle «como un organismo que crece a causa y por obra de alguna propiedad que le es inherente, sino... como un edificio construido por los seres humanos a fin de satisfacer aspiraciones humanas, y que es objeto continuado de reparaciones, restauraciones y reconstrucciones con el objeto de ir al encuentro de

⁴¹² JOSÉ-IGNACIO SOLAR CAYÓN, *Política y Derecho en la Era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III-Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pág. 105.

⁴¹³ JOHN HENRY SCHLEGEL, *American Realism and Empirical Social Science*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1995; G. E. WHITE, «From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth Century America», en *Virginia Law Review*, vol. lvi, núm. 6, págs. 999-1028.

⁴¹⁴ GIOVANNI BOGNETTI, *Il pensiero filosofico giuridico nordamericano del xxº secolo. I fondatori: Holmes, Pound, Cardozo*, Istituto Editoriale Cisalpino-Università di Milano, 1958.

⁴¹⁵ AMBROSIO L. GIOJA, «Introducción al examen de los intereses sociales de Roscoe Pound», en ID., *Ideas para una filosofía del derecho*, ob. cit., ed. cit., tomo II, la cita en págs. 335-336.

las aspiraciones que crecen y varían»⁴¹⁶. Artículos que en todo caso se insertan en la constante preocupación —auténtico «leit motiv» de su vida y de su obra— de Roscoe Pound por la ingeniería social («social engineering») ⁴¹⁷ como tarea central que ocupa la labor de los juristas y legisladores en las sociedades contemporáneas, en aras a favorecer que el Derecho asegure a la vez la citada cohesión social y el cambio ordenado, conciliando, de forma consistente y racional, las aspiraciones y los intereses legítimos (demandas individuales o grupales que los seres humanos tratan de satisfacer y que no se encuentran amparados en la titularidad de un derecho subjetivo⁴¹⁸, pero aún así deben ser tenidos en cuenta a la hora de regular las conductas humanas) en conflicto o en competición⁴¹⁹, o decidiendo acerca del peso respectivo que debe acordarse en cada caso concreto a los diferentes intereses o principios en pugna⁴²⁰, o identificando los

⁴¹⁶ SERGIO COTTA, «Le basi storicistiche della concezione del diritto di Roscoe Pound», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (Dott. A. Giuffrè Editore, Milano) 1952, págs. 51 sigs.; VITTORIO FROSINI, «Pragmatismo e Giusnaturalismo nel pensiero di Roscoe Pound», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (Dott. A. Giuffrè, Milano), 1953, págs. 525 y sigs.; ROSCOE POUND, *Interpretations of Legal History*, Cambridge, Massachussets, segunda edición, pág. 21; ID., *Examen de los intereses sociales*, trad. cast., con «Prólogo» de Ambrosio L. Gioja, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1959.

⁴¹⁷ EDGAR BODENHEIMER, *Teoría del derecho*, trad. cast. de Vicente Herrero, del original, *Jurisprudence* (McGraw Hill Book Company, New York, 1940), Fondo de Cultura Económica, México, cuarta reimpresión, 1974, págs. 344-346 y 350-354; ADAM PODGÓRECKI, «Law and Social Engineering», en *Human Organization*, 1962, págs. 178-181; ID., *Law and Society*, London-Boston, 1974; JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN, *Política y Derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*, Coeditado por el Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III y la Editorial Dykinson, Madrid, 2002, págs. 104-105.

⁴¹⁸ JUAN-RAMÓN CAPELLA HERNÁNDEZ, «Los últimos impulsos del garantismo. Derecho e interés», en ID., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho*, en «Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho», Editorial Trotta, Madrid, 1997, págs. 174-189.

⁴¹⁹ LEOPOLDO GARCÍA RUIZ, «Aproximación al concepto del derecho de Roscoe Pound», en *Persona y Derecho*, vol. XXXVI, 1997, págs. 47-94; LIBORIO L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Fernando Torres-Editor, SA, Valencia, 1981, págs. 86-91 («Otras influencias sobre el realismo jurídico norteamericano»); ROSCOE POUND, «Mi filosofía del derecho» (1941), en POMPEU CASANOVAS y JOSÉ-JUAN MORES, *El ámbito de lo jurídico*, Ed. Crítica, Barcelona, 1994, págs. 312-313; ID., *Giustizie, Diritto, Interesse*, trad. it. de P. Gori y G. Biasin, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1962; ID., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. cast. de F. Barrancos, Tipografía Edit., Buenos Aires, 1972.

⁴²⁰ DANIEL MENDONZA, *Balance de derechos. 1. Pesos y balances*, Capítulo III de ID., *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Colección «Ventana Abierta», Editorial Tecnos (Grupo Editorial Anaya, SA), Madrid, 2003, págs. 57 y sigs., la cita en págs. 57-58;

principios de valoraciones e intereses a reconocer (principios que debemos utilizar también «en la fijación de límites de protección de los intereses reconocidos y en la fijación que debe acordarse en cada caso determinado en las limitaciones prácticas de la acción efectiva»⁴²¹. El quehacer jurídico constituirá así una tarea altamente especializada de control y ajuste en las relaciones sociales, en aras a tratar de conseguir un sistema de compromisos entre las demandas en conflicto que permita proceder a una serie de ajustes suficientes y satisfactoriamente operativo de aquellas⁴²². Intereses que el orden jurídico no crea, los clasifica, reconoce, define la medida en que otorgará efecto a estos intereses que reconoce⁴²³ —tarea ésta que puede realizar a la vista de otros intereses, los cuales a su vez pueden ser directamente reconocidos o asegurados— y crea medios para asegurar cuando éstos han sido reconocidos dentro de los límites establecidos: «A efectos de comprender el Derecho actual —diría Roscoe Pound en su *Philosophy of Law*— me conformo con el esquema de que satisfacernos, del conjunto de necesidades humanas, tantas como podemos con el menor sacrificio. Me conformo con concebir el Derecho como una institución social para satisfacer necesidades sociales —las aspiraciones, exigencias y esperanzas que envuelven la existencia de la sociedad civilizada— haciéndolas efectivas en la medida en que tales necesidades puedan satisfacerse o tales aspiraciones puedan hacerse efectivas mediante la ordenación de la conducta humana a través de la sociedad políticamente organizada. A los efectos presentes, me conformo con ver en la historia del Derecho un registro del reconocimiento y de una satisfacción cada vez mayores de las necesidades, aspiraciones o deseos a través del control social... en resumen, una ingeniería social cada vez más eficaz».

ROSCOE POUND, «A Theory of Social Interests», en *Papers and Proceedings of the American Sociological Society*, vol. XV, 1921, págs. 16-45.

⁴²¹ ROSCOE POUND, *Mi filosofía del derecho*, trad. cast. de *My Philosophy of law*, ob. cit., ob. cit., ed. cit., realizado por POMPEU CASANOVAS y JOSÉ-JUAN MORESO (editores), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas del pensamiento contemporáneo*, Crítica. Grupo Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1994, págs. 303-314, la cita en pág. 313.

⁴²² G. E. WHITE, «From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in...», artículo cit., págs. 1001 y sigs.

⁴²³ ROSCOE POUND, *My Philosophy of Law. Credos of Sixteen American Scholars*, publicado por la Julius Rosenthal Foundations, Northwestern University, 1941.

II. LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE Y LAS NUEVAS DISCIPLINAS JURÍDICAS

II.1. Bien se puede afirmar, sin incurrir al hacerlo en exageración ni en autocomplacencia de ningún tipo, que ésta Casa de estudios que, en su condición de sucesora de la Facultad de Cánones alcalaína, muy pronto habrá de ser cinco veces centenaria Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, siempre se ha contado entre las Casas de estudio que han acreditado estar dotadas de una mayor sensibilidad, y por tal condición se destacan a título de pioneras a la hora del tratamiento, exposición y análisis, tanto de la apremiante exigencia de configurar un orden jurídico que se adecúe a las constantes transformaciones sociales, como de la atención a aquellas ramas del conocimiento del Derecho, que en cada tiempo han sido las correspondientes nuevas (y hasta novísimas) disciplinas jurídicas.

Muy pocos centros docentes pueden disputarnos con éxito y razón suficiente, el haber dedicado una atención privilegiada hacia las especialidades o saberes jurídicos emergentes *ex novo* a la manera, ya sea de respuestas⁴²⁴, ya sea de réplicas obligadas, a las nuevas condiciones de la realidad⁴²⁵.

De la misma forma que resultará difícil negar la especial receptividad que siempre ha exhibido la Facultad de Derecho del «Alma mater» Complutense hacia los sucesivos, a la vez que acuciantes retos y expectativas que, en constante renovación, hacen acto de presencia⁴²⁶, en el curso de

⁴²⁴ SAMUEL KLINE COHN JR., «La Storia secondo Robert Putnam», en *Polis*, vol. VIII, núm. 2, 1994, págs. 315-324; JAMES SAMUEL COLEMAN, *Foundations of Social theory*, Belknap Press-Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) 1990; ID., *El estudio auténtico del cambio en las Ciencias Sociales*, trad. cast. de Josette Brawerman, Ed. Nueva Visión, Buenos Aires, 1976; ID., *Resources for social change, Race in the United States*, Wiley Interscience, New York, 1971; PIERRE BOURDIEU (1930-2002) y JAMES S. COLEMAN (editors), *Social Theory for a Changing Society*, Russell Sage Foundation, Bauldnier, New York, 1991; ID., *The Asymetric Society*, Syracuse University Press, Syracuse (New York), 1982; ROBERT D. PUTNAM, *The belief of politicians: ideology, conflict and democracy in Britain and Italy*, Yale University Press, New Haven-London, 1973; ID., *Democracies in flux: the evolution of social capital in contemporary society*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2002; ID., «Bowling Alone: Americas Declining Social Capital», en *Journal of Democracy*, vol. VI, 1, 1969, págs. 65-78, Editorial Espasa-Calpe, SA, Madrid, 1975, págs. 13-20, la cita en pág. 22; ID., «Declining Social», en *Journal of Democracy*, 6, 1, 1995, págs. 65-78; ID., *El declive del capital social: un estudio internacional sobre las sociedades y el sentido comunitario*, trad. cast. de José-Luis Gil Aristu, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2003.

⁴²⁵ H. EDWARDS, «The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession», en *Michigan Law Review*, núm. 91, 1992, págs. 34 y sigs.

⁴²⁶ ANTONIO OJEDA AVILÉS, «Problemas del momento: jubilación forzosa en convenios, mobbing, demandas laborales internacionales», en *Cuestiones actuales de Derecho del*

los tiempos y que afectan a su función, concepción y sentido como centro docente e investigador.

Retos perennes, pero que saben hacerse sentir, si cabe aún con mayor urgencia, en los últimos decenios, como una de las consecuencias que se diría inevitable, del nuevo escenario de experiencia, en donde si la profundidad y la magnitud de los cambios sociales, tecnológicos, económicos y políticos se han multiplicado, su velocidad no ha dejado de acelerarse en la vida real, modelando decisivamente el conjunto de las formas de vida, los entornos tanto materiales como interpretativos y valorativos, las cosmovisiones, los modos de organización social, económica y política, así como el mismísimo medio ambiente⁴²⁷.

Tan es así, que el cambio constituye en el mundo contemporáneo, en el umbral del siglo XXI, un rasgo tan común y a la vez perturbador, y bien podemos sentirnos tentados a suponer, con Wilbert E. Moore, una de las voces más personales de su generación, que se trata de un fenómeno, si no exclusivo, sí al menos, especialmente peculiar de nuestro mundo y de nuestro tiempo, en los que se ha erigido como la realidad incontrovertible por antonomasia.

De aquí que se trate de un campo sobre el que se vierte de forma cada vez más intensa, naturalmente siempre con una pluralidad de enfoques, el interés de los estudiosos de distintas materias. El hecho de que se encuentren sometidos a un proceso de constante cambio tantos los retos de la realidad, como las expectativas de los ciudadanos exige además de profundas transformaciones en todos los ámbitos, y desde luego en nuestras tradiciones de comprensión y guías para orientarnos⁴²⁸; transforma-

Trabajo y Seguridad Social. Segundo Congreso Complutense de Derecho del Trabajo en Homenaje al Profesor Manuel Alonso Olea, volumen monográfico dirigido y editado por Alfredo Montoya Melgar, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (Servicio de Publicaciones, Madrid), 2002, págs. 57-84, la cita en pág. 67; ID. (coordinador), *La concertación tras la crisis*, Colección «Ariel Derecho», Editorial Ariel, Barcelona, 1990.

⁴²⁷ D. J. HESS, *Science and Technology in a Multicultural World*, Columbia University Press, New York, 1995, págs. 106 y sigs.; MANUEL MEDINA, «Ciencia y tecnología como sistemas culturales», en JOSÉ A. LÓPEZ CEREZO y JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ RON (editor), *Ciencia, tecnología, Sociedad y Cultura en el cambio de siglo*, Colección «Razón y Sociedad», Coeditado por Biblioteca Nueva y Organización de Estudios Iberoamericanos, Madrid, 2001, págs. 69-88, la cita en pág. 82.

⁴²⁸ JOHN DUNN, *La agonía del pensamiento occidental*, trad. cast. de Carlos Martín y Carmen González, del original *Western Political Theory in the Face of the Future* (Cambridge University Press, Cambridge-United Kingdom y New York, 1979 y 1993), Cambridge University Press, 1999, «Prefacio, pág. XI: «¿Poseen todavía las tradiciones de la comprensión de la política que se han desarrollado en Europa durante los dos últimos milenios y medio capacidad residual suficiente para orientarnos ante el mundo tal como lo tenemos hoy ante nosotros?».

ciones, eso sí, deberían estar al menos a la altura de aquellos retos y expectativas.

Tantas veces se ha hablado (y continúa hablándose, a veces incluso con su correspondiente dosis de dramatismo) de «la crisis política», de «la crisis de las grandes ideas»⁴²⁹, de «la crisis de nuestro tiempo», o de «la crisis de la sociedad de nuestro tiempo», o de la «crisis cultural» y/o intelectual⁴³⁰, o de la «crisis de los valores», por parte de la doctrina y los *mass-media* en la edad de la llamada «ausencia de fundamento»⁴³¹ y de tradición⁴³², tantas veces se han ofrecido diagnósticos inquietantes de la crisis, pronósticos aventurados acerca de su devenir, o más o menos ilusorias medidas terapéuticas para su tratamiento⁴³³, que se diría que se trata de una temática que ha estado y estará dotada siempre de la más «rabiosa actualidad».

Salvando las distancias, y respetando el derecho que numerosas (¿y por qué no todas?) sociedades anteriores a la nuestra tienen de reclamar para su tiempo el haber padecido la experiencia de una existencia en crisis, lo cierto es que hoy disponemos de signos tan elocuentes como inequívocos y persuasivos de hasta qué punto en nuestro mundo se estaría experimentando una más que agobiante crisis⁴³⁴. Una crisis en la que se propone traer a la consideración los dos caracteres con que cuenta la palabra china con que se designa crisis, a fin de intentar una comprensión dialéctica de la crisis global en curso, en términos de sus dos elementos

⁴²⁹ CARLOS OLLERO GÓMEZ (1912-1987), «Radicalismo y realismo en la política», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), volumen XLIV, núm. 64, 1952, págs. 41-64, la cita en pág. 45; ID., «La relativización actual de los principios políticos», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), volumen XXXV, año XI, núm. 55, 1951, págs. 47-62; ID., *Estudios de Ciencia Política*, Madrid, 1955, págs. 26 y sigs.

⁴³⁰ CARLOS OLLERO GÓMEZ, *Introducción al Derecho Político*, Bosch, Barcelona, 1948.

⁴³¹ ALESSANDRO FERRARA, *Autenticidad reflexiva. El proyecto de la modernidad después del giro lingüístico*, ob. cit., ed. cit., trad. cit., pág. 19; ID., *Modernity and Authenticity. A study of the Social and Ethical Thought of Jean-Jacques Rousseau*, Suny Press, 1999; ID., *Modernità e autenticità. Saggio sul pensiero sociale ed etico di Jean-Jacques Rousseau*, Armando, Roma, 1989.

⁴³² OCTAVIO PAZ (1914-1998), *Corriente alterna*, Siglo Veintiuno Ed., decimocuarta edición, México, 1982, pág. 39.

⁴³³ ALOIS DEMPFF (1891-1982), «Sociología de la crisis», Conferencia pronunciada en el Ateneo de Madrid el 26 de febrero de 1951, 2.ª edición, Colección *O crece o muere*, Ateneo, Madrid, 1956, pág. 8; R. SPECHT, «Laudatio für Alois Dempff», en *Zeitschrift für philosophischen Forschung* (Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, vol. XXXVI, págs. 95-100).

⁴³⁴ PAUL MATTICK, *Crisis y Teoría de la crisis*, trad. cast., Ed. de Bolsillo, Barcelona, 1977; RICARDO MONTORO ROMERO, «Crisis de legitimación y crisis económica en el Estado de Bienestar», en *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), Nueva Época, núm. 48, noviembre-diciembre de 1985, págs. 177-196, la cita en pág. 178; IMMANUEL WALLERSTEIN, «The Crisis of the Seventeenth Century», en *New Left Review* (London), núm. 10, julio-agosto 1978, págs. 65-73.

contrapuestos. Recuerda al respecto Mel Gurtov, profesor de Ciencias Políticas y Director del Programa de Estudios Internacionales de la Universidad Estatal de Portland que de esos dos caracteres de la palabra china con la que se designa la crisis, el primero («wei») significaría peligro, y el segundo («ji») oportunidad, ya que, se argumenta, la crisis contemporánea global tiene muchas semillas de peligro, incluyendo la innegable puesta en riesgo potencial de autodestrucción de la propia experiencia humana; si bien, y desde este ángulo, cada peligro puede ser también una oportunidad para trascender y transformar la crisis⁴³⁵.

Ahora sí que concurren todos los elementos precisos para que podamos hablar de la fuga de la realidad, tantas veces invocada o anunciada en vano; la certera intuición que hoy nos asalta desde las páginas de los periódicos y desde la pantallas de televisión de que el mundo en sus estructuras más básicas ha entrado en una curva cerrada de mutaciones históricas, frente a la cual todas las grandes esperanzas tienen que establecerse con cláusula de reaseguro⁴³⁶.

En efecto, es éste un mundo que conoce una profunda crisis estructural y existencial⁴³⁷ de las personas (en parte no menor por obra de la creciente «patologización el individualismo»⁴³⁸) de los grupos sociales y de la sociedad toda. Crisis dotada de proyecciones e incidencias determinantes y variadísimas, que se ha proyectado no sólo en el estrato más superficial de los valores, de las creencias y de los estilos de vida, sino incluso en lo que se ha terminado por identificar como el núcleo profundo presente en todas las culturas, que estaría constituido por lo que se ha dado en identificar como los fundamentos de la validez⁴³⁹.

⁴³⁵ MEL GURTOV con la colaboración de DARIUS HAGHIGHART, «Política mundial en la perspectiva global humanista», en ID., *Política humanista global*, trad. cast. de José M. Pomaresi, del original en inglés *Global Politics in the Human Interest* (Lynne Rienner Publishers Inc., Boulder-Colorado-1988), Ediciones Pomares-Corredor, SA, Barcelona, 1990, Capítulo III, págs. 58-95, la cita en pág. 58; MELVIN GURTOV y RAY MAGHOROORI (editores), *Roots of Failure: United States Policy in the Third World*, Greenwood, Westport (Connecticut), 1984; ANDER GRUNDER FRANK, *Crisis: In the World Economy*, Holmes and Meier, New York, 1980, págs. 13 y sigs.

⁴³⁶ JESÚS-FLORENTINO FUEYO ÁLVAREZ, «Desarrollo político y orden constitucional», Conferencia impartida en el Instituto de Estudios Políticos, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pág. 9.

⁴³⁷ LUIGI LOMBARDI-VALLAURI, «Crisi», epígrafe 1.3.2 de ID., *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia per il diritto*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2002, págs. 4-7.

⁴³⁸ ULRICH BECK, *Democracy without Enemies*, Polity Press, Cambridge (UK), 1998, págs. 147-148; JOHN CARROLL, *Ego and Soul. The Modern West in Search of Meaning*, Harper Collins, London, 1998, págs. 100-101 y 142; ARON EHRENBURG, «L'individu incertain», Calmann-Lévy, Paris, 1995.

⁴³⁹ ALESSANDRO FERRARA, *Autenticidad y validez*, Capítulo I de ID., «Autenticidad reflexiva. El proyecto de la modernidad después del giro lingüístico», trad. cast. de Pedro A.

Cambio, además, cultural, que ha recorrido, si bien a ritmos dispares, el conjunto de las sociedades industriales avanzadas en los últimos años, alcanzando a cuestionar las formas y valores que parecían constituir las más inalterables y fundamentales coordenadas de la vida comunitaria en los tiempos pasados⁴⁴⁰. Una crisis frente a la cual —por no ser ésta una época de armonías, ni una época transparente bajo la luz de grandes sistemas que dominan con arquitectura clásica el curso de los acontecimientos⁴⁴¹— las distintas «religiones seculares»⁴⁴² e ideologías osificadas del siglo XX (liberalismo, marxismo, «derecha» e «izquierda» en general, nacionalismo, estatismo ético, cientificismo, positivismo, idealismo, espiritualismo...) que prendieron su espíritu en la realidad política de la pasada centuria, confundiendo con ella, o en la realidad espiritual al cuajarse como creencias⁴⁴³, no parecen estar en condiciones de suministrar las respuestas adecuadas⁴⁴⁴.

Medina Reinón del original *Reflective authenticity. Rethinking the Project of Modernity* (1997), Colección *La balsa de la medusa. Filosofía*, A. Machado Libros, SA, Madrid, 2002, págs. 21-60, la cita en pág. 21; JÜRGEN HABERMAS, *Problemas de la legitimación en el capitalismo tardío*, trad. cast., Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1975, págs. 25 y sigs.; ID., *La reconstrucción del materialismo histórico*, trad. cast., Ediciones Taurus, Madrid, 1981, págs. 274 y sigs.; R. INGELHART, *Culture Shift in Advanced Industrial Society*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1990 (hay trad. cast. de Sandra Chaparro, *El cambio cultural en las sociedades industriales avanzadas*, Coeditado por el Centro de Investigaciones Sociológicas y la Ed. Siglo Veintiuno, Madrid, 1991).

⁴⁴⁰ DINO PASINI, «Estudio de los sistemas jurídicos en el tiempo y en el espacio», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núms. 171-172, mayo-agosto de 1970, págs. 5-26; GEORGES RIPERT, *Les forces créatrices du Droit*, Paris, 1955; ROBERT VACHOR, «L'étude du pluralisme juridique. Une approche diatopique et dialogale», en *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, núm. 29, 1990, págs. 163-173; ROBERT SPAEMANN, «Daseinsrdatintt der Werte», en CHR. BERMES, W. HENCKMANN y H. LEONARDI (editores), *Person und Wert. Schelers Formalismus. Perspektiven und Wirkungen*, Freiburg in Brisgau, 2000, págs. 29-46; VALENTÍN SILVA MELERO, «Jurisprudencia y evolución», Discurso en la solemne apertura de los Tribunales, Secretaría General Técnica de la Presidencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1974, págs. 13-14; «La crisis de nuestro tiempo».

⁴⁴¹ JESÚS FLORENTINO FUEYO ÁLVAREZ, *Desarrollo político y orden constitucional*, ob. cit., ed. cit., loc. cit.

⁴⁴² RAYMOND ARON (1905-1983), *Une histoire du XX^e siècle. Antologie*, editado por Christian Chevalier, Plon, Paris, 1996; ID., *Le marxisme de Marx*, Fallois, Paris, 2002; NICOLAS BAVEREZ, *Raymond Aron. Un moralista au temps des ideologies*, Fallois, Paris, 1997; STEPHEN LAUNAY, *La pensée politique de Raymond Aron*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995; J. MAHONEY, *Le libéralisme de Raymond Aron. Un moraliste au temps des ideologies*, Fallois, Paris, 1993.

⁴⁴³ CARLOS OLLERO GÓMEZ, «Radicalismo y realismo en la política», art. cit., en rev. cit., pág. 57; ID., «Dinámica social, desarrollo económico y forma política: La monarquía del siglo XX», Discurso de recepción como académico, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1966.

⁴⁴⁴ LUIGI LOMBARDI-VALLAURI, «Insufficienza delle risposte ideologiche», epígrafe 1.4 de ID., *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofie per il diritto*, ob. cit., ed. cit., pág. 7.

Acaso por ello se haya asentado entre nosotros el galicismo filosófico devenir, a los fines de poder designar con precisión los matices que cobra el consolidado primado del cambio al que asistimos en los últimos años⁴⁴⁵. Sobre todo si, como de hecho creo que sucede, en medio de las transformaciones postmodernas de la morfología social «la práctica totalidad los factores de la vida social, económica y política, han pasado a ser contingentes, a tener la condición de electivos, y a estar sometidos a todo tipo de mutaciones; mientras que, por otra parte, las premisas institucionales y estructurales que esa contingencia pasa por alto, desaparecen del horizonte político y de la elección intelectual⁴⁴⁶.

A los distintos modos de representar el tiempo se les atribuye de ordinario la condición de constituir uno de los componentes más esenciales y singularizadores de la conciencia personal y social⁴⁴⁷. A su vez la percepción consciente de los acontecimientos históricos cotidianos influye en nuestro comportamiento de una forma más determinante incluso que lo que puede llegar a influir la representación científica del tiempo. A estos efectos, si todo presente parece levantarse sobre el territorio de la novedad (es decir, lo que se considera presente y actual se considera también lo nuevo, de tal forma que estar en el presente es tanto como encontrarse en el terreno de la novedad, o de lo que se quiere pase por ser novedad aunque no lo sea realmente⁴⁴⁸) el momento actual nos ofrece, ciertamente, marcado de una manera muy fuerte por la progresiva aceleración, condensación y realización del tiempo histórico, a la que es preciso añadir una excepcional discontinuidad y ruptura respecto al pasado⁴⁴⁹. Ambas pro-

⁴⁴⁵ ANTHONY CARTY (editor), *Post-Modern Law: Enlightenment, Revolution and the Death of Man*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1990; ID., *The decay of international law?: a reappraisal of the limits of legal imagination in international affairs*, Melland Schill monographs in International Law, Manchester University Press, Manchester, 1986; STUART A. SCHEINGOLD, «Taking Weber Seriously: Lawyers, Politics, and the Liberal State», en *Law and Social Inquiry*, vol. XXIV, núm. 4, 1999, págs. 1061-1089.

⁴⁴⁶ CLAUS OFFE, *The utopia and the zero option*, trad. al inglés a cargo de John Torpey, en *Praxis International*, vol. VII, 1987.

⁴⁴⁷ GEORGES GURVITCH, «La multiplicité des temps sociaux», en ID., *La vocation actuelle de la sociologie*, Presses Universitaires de France, Paris, segunda edición, 1963, tomo II, págs. 325 y sigs.; ID., *Expérience juridique et Philosophie Pluraliste du Droit*, A. Pédone, Paris, 1936; ID., *L'Idée du Droit Social. Notion et Système du Droit Social. Histoire Doctrinale depuis le XVIII^{ème} siècle jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle*, Recueil Sirey, Paris, 1931; ID., *Le temps présent et l'Idée du droit Social*, J. Vrin, Paris, 1931; JOSÉ-LUIS BOLZAN DE MORAIS, *A idéia de direito social. O pluralismo giuridico di Georges Gurvitch*, Livraria do Avocati Editora, Porto Alegre (Brasil), 1997.

⁴⁴⁸ IGNACIO IZUZQUIZA, *Filosofía del presente. Una teoría de nuestro tiempo*, Colección «Alianza ensayo», Alianza Editorial, Madrid, 2003, pág. 28.

⁴⁴⁹ FULVIO ATTINÀ, *El sistema político global. Introducción a las relaciones internacionales*, trad. cast. en su integridad y su plenitud. Su reconocimiento supone incorporar al catálogo de los derechos fundamentales el derecho a un ni 149-161, la cita en pág. 149.

piedades determinan nuevas formas de percibir el tiempo, sus ritmos y sus cadencias, con la reducción del espacio de la experiencia y del horizonte de las expectativas⁴⁵⁰.

II.2. Hasta tal extremo el cambio ocupa el nuevo escenario, que la adhesión al pasado —otrora considerada virtud y sabiduría— y en cuyo nombre «se ha hecho un prodigioso despilfarro de pseudoarqueología para hacer posible, invocando una reacción que se reclamaba, una revolución que iba a constituir un salto en lo desconocido», ha entrado en profunda crisis. Y cuando hablamos de crisis lo hacemos en el sentido metafórico, y a la vez más común de todos los que el término crisis asume en el habla cotidiana, de estado de indeterminación e indecisión, de ignorancia prácticamente absoluta con respecto a cuál puede terminar siendo el curso de las cosas, y de incapacidad a la hora de lograr impulsarlas o dirigir las en la dirección deseada, y no en el sentido hipocrático de la palabra crisis, hoy tan olvidado⁴⁵¹. Esta crisis ha terminado llevándose por delante, como si se tratase de un vestigio caduco la antes hegemónica voluntad de congelar la vida y el tiempo, a fin de mantener el orden de cosas establecido y el equilibrio en las sociedades.

No creo que incurramos en exageración si afirmamos que el panorama existente presenta una situación de trastocamiento de las bases jurídico-políticas anteriormente asentadas, así como de un desconcierto y de una confusión creciente en todos los ámbitos, sin que sea menor en el que concierne a la configuración jurídica del orden mundial, como resultado, entre otras causas, del desparejo y mal sincronizado proceso de globalización⁴⁵², así como de los trágicos hechos del once de septiembre de 2001 y de las guerras y conflictos que les han sucedido⁴⁵³, a los que habría que su-

⁴⁵⁰ ERIC J. HOBSBAWM, «The nation and globalization», en *Constellation*, vol. I, 1998, págs. 4-5.

⁴⁵¹ MASSIMO LA TORRE y CRISTINA GARCÍA PASCUAL, *La utopía realista de Hans Kelsen*, «Introducción» al volumen de HANS Kelsen (1881-1973), *La paz por medio del derecho*, trad. cast. de Luis Echeverri sobre el original, *Peace Through Law* (University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1944), Editorial Losada, Buenos Aires, 2003, publicado en la Colección «Estructuras y Procesos. Serie Derecho», Editorial Trotta, Madrid, 2003, págs. 5-29, la cita en pág. 9.

⁴⁵² LAWRENCE M. FRIEDMAN, «Legal Culture and Social Development», en *Law and Society Review*, vol. IV, 1969, págs. 29-44, la cita en pág. 38; ID., «Law as a system; somme comments», en *Rechtstheorie* (Duncker und Humblot, Berlin), Beiheft 10, 1986, págs. 311 y sigs.

⁴⁵³ BERTRAND DE JOUVENEL, *El arte de prever el futuro político*, trad. cast., Editorial Rialp, Madrid, 1960; ID., *Los orígenes del Estado Moderno. Historia de las ideas políticas del siglo XIX*, trad. cast. del original, *Les débuts de l'Etat Moderne* (1976), «Prólogo» de Antonio Fontán.

mar la profunda mutación que estos hechos han terminado por generar en el entramado normativo por el que se venían rigiendo las relaciones internacionales desde la conclusión de la II Guerra Mundial, desde la ausencia de una lógica racional-legal a la que respondan argumentos y situaciones, junto con la inexistencia de una estructura de poder única y efectiva a escala mundial. Condiciones todas ellas que han favorecido la desorbitada extensión hasta generalizarse, de una sensación absoluta de vulnerabilidad frente al otro. Sensación de vulnerabilidad que se ha instalado entre nosotros, al parecer con una decidida voluntad de asentarse de manera indefinida, lo que nos obliga a tener que vivir en un estado de crisis permanente, al tiempo que nos pone en riesgo de sufrir en un plazo más o menos largo, una implosión.

Las sociedades modernas estarían abiertamente orientadas al cambio «lo que significa, no tan sólo que de hecho están cambiando, sino también que desean cambiar»⁴⁵⁴. El cambio es ahora el santo y seña del mundo, su más propia razón de ser. Un mundo en donde el tiempo no es ya decurso, proyección o esperanza, como otrora lo fuera, sino que adquiere la celeridad estática de un presente que se ve eternamente actualizado.

Y precisamente por serlo, ha adquirido un valor positivo, lo cual significa una revolución intelectual sin precedentes⁴⁵⁵ con la aceleración del ritmo de la vida social que impide, o al menos dificulta enormemente, contener en un orden la inmensa novedad, la nueva acumulación de cosas y eventos que emerge en cada momento, igualmente infrenable e inimaginable⁴⁵⁶.

El cambio ha conseguido, además, instalarse en nuestro horizonte de experiencia, crear a estos efectos lo que sin disputa es un mundo cualitativamente nuevo. El cambio habría penetrado de tal manera en todas las es-

⁴⁵⁴ FRANCO RELLA (n. 1944), *Metamorfosis. Imágenes del pensamiento*, trad. cast. de Joaquín Jordá del original *Metamorfosis. Immagini del pensiero* (Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano, 1984), Colección «Espasa-Mañana-Ensayos», Editorial Espasa-Calpe, Barcelona, 1989, pág. 38.

⁴⁵⁵ MARÍA-JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS, *Ineficacia. Anomía y Fuentes del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III-Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 15; PAUL MATTICK, *Crisis y teoría de la crisis*, Col. «Ciencias Sociales», Ed. de Bolsillo, Ed. Península, Barcelona, 1977; ID., *Crisis et théories des crises*, Champ Libre, Paris, 1976; ID., *Economic crisis and crisis theory*, Merlin, London, 1981; ID., *Rebeldes y renegados: la función de los intelectuales y la crisis del movimiento obrero*, Icaria, Barcelona, 1978; IMMANUEL WALLERSTEIN, «The Crisis of the Seventeenth Century», en *New Left Review* (London), núm. 110, julio-agosto de 1988, págs. 63-73.

⁴⁵⁶ PEDRO LAÍN ENTRALGO (1908-2001), *Antropología de la esperanza*, Editorial Labor, Barcelona, 1978, pág. 8; ID., *Esperanza en tiempos de crisis. Unamuno, Ortega, Jaspers, Bloch, Marañón, Heidegger, Zubiri, Sartre, Moltmann*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1993.

feras de la realidad vital, que ha pasado a constituir propiamente un dato, que se diría ineliminable, de la actual vida social, sometida a un tan intenso ritmo de transformación, que una de sus notas definitorias más características es precisamente la institucionalización y el fomento del cambio. En un escenario en el que, tras las inmensas transformaciones en curso y las enormes dimensiones que desde el último tercio del siglo XX cobró la literatura y el discurso acerca de la crisis y la conciencia más o menos intensa de ésta —con una abusiva y desmesurada utilización de tan dramática expresión, aplicada sin razón a cualquier situación de desajuste, de inestabilidad o de mudanza rápida e intensa— se encuentra en profunda crisis incluso la propia idea de crisis, que se ve despotenciada por el abusivo uso e invocación que hacemos de ella⁴⁵⁷.

Desde hace años resulta muy común, me atrevería a decir que muy socorrido, cuando se habla de crisis, remitirse al magisterio al respecto de nuestro forjador de voces, formas e interpretaciones lúcidas, José Ortega y Gasset. Su magisterio al respecto se habría vertido fundamentalmente en la publicación *Esquema de la crisis*, aparecida en el año 1942, esto es, dentro de un período de tiempo que Pedro Laín Entralgo identificó como «el quindenio que se extiende entre 1941-1956» a lo largo del cual la II Guerra Mundial y su posguerra hacían definitivamente ostensible la profunda crisis histórica de la que ya había sido expresión la Primera... No hay duda: la dificultad de esperar el diario y enorme problematismo factual en que la vida esperanzada había caído —que tal es uno de los más esenciales nervios de las crisis históricas— hizo especialmente actual y acuciante la meditación sobre ella⁴⁵⁸.

Se confirmaría así que la Gran Guerra (1914-1918), en la medida en que se convirtió en un conflicto de aniquilación, en el que el uso de los conocimientos científicos aumentó la capacidad de destrucción, introdujo como uno de los grandes temas la cuestión de la crisis. Un criterio bastante extendido fue identificar la situación de crisis existente con anterioridad al inicio de las hostilidades, y que explicaría algunas de las claves que nos habrían conducido al enfrentamiento bélico y bastantes de las desviaciones que con respecto a la concepción de la guerra terminaron

⁴⁵⁷ K. J. HOLSTI, *The State War and the State of War*, Cambridge University Press, Cambridge (United Kingdom), 1966; O. LEPICK, *La grand guerre chimique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998.

⁴⁵⁸ EDMUND HUSSERL, *La filosofía en la crisis de la humanidad europea* (Conferencia de Viena, 1935), en ID., *Filosofía como ciencia estricta*, trad. cast., Nova, Buenos Aires, 1981, págs. 135 y sigs.; ID., *La crisis de las ciencias europeas y la metodología trascendental*, trad. cast., Editorial Crítica, Barcelona, 1991; ID., *Gesammelte Werke*, Martinus Nijhoff, The Hague, vol. V., págs. 7 y sigs., vol. XXVII, págs. 3 y sigs., vol. VI, pág. 3.

por imponerse en el curso del conflicto. Fue un lugar común destacar especialmente la crisis del pensamiento científico, que se había alejado de su ideal emancipador, con la pérdida de su tarea humanizadora, lo que nos habría conducido a la actual «colonización del mundo de la vida». Una importante serie de textos de Edmund Husserl, la mayor parte de ellos escritos para ser leídos en ese período de entreguerras, destacan y reiteran este diagnóstico de la crisis, y se aborda la cuestión de un modo especialmente acuciante en su intervención en la Conferencia de Viena de mayo de 1935, que se presentó con el elocuente título de «La crisis de la humanidad europea»⁴⁶⁰.

Se ha impuesto, hasta el punto de practicarse a la manera de un rito, recordar con Ortega y Gasset que en las grandes crisis históricas lo que sucede es que «no sabemos lo que nos pasa», y «esto es precisamente lo que en esas circunstancias nos pasa. El hombre se siente en ellas desorientado respecto a sí mismo, "dépaycé", en una situación semejante al extrañamiento, fuera de su país, arrojado a una circunstancia nueva, que es como una tierra incógnita»⁴⁶¹. Se invoca al respecto la autoridad del fundador de la *Revista de Occidente*, a fin de destacar la importante medida en que, en nuestros días, y ya desde hace casi un siglo, como consecuencia de la intervención en la vida pública e histórica de cada vez mayores cantidades de seres humanos, la crisis presenta unos perfiles bien distintos a los que, de ordinario, las singularizaba en el pasado. En efecto, estaríamos ahora ante lo que se ha dado en identificar como una «crisis de los todos»; crisis que entraría en contraste tanto con la que Ortega sugiere llamar «crisis de los pocos», como con la que propone identificar bajo la expresión «crisis de los muchos»; crisis estas dos últimas cuyo desarrollo se correspondería a otros procesos históricos bien diversos y que, en todo caso, se conviene en considerarlos ya concluidos⁴⁶². Parece suficientemente probado que los cambios instrumentales de todo tipo han aumentado la densidad, la intensidad y hasta el ritmo de nuestras interacciones mutuas y que, al hacerlo,

⁴⁶⁰ JOSÉ ORTEGA Y GASSET (1883-1955), *Esquema de las crisis*, Conferencia en la Universidad de Madrid, 1933 (recogida en *En torno a Galileo*, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1959); ANDRÉ-JEAN ARNAUD (n. 1936), *Crisis del derecho y reflexión jurídica*, trad. cast. de Hortensia Adrianza de Casas, en ID., *El derecho sin máscara*, Colección «Laboratorio de Sociología Jurídica», San Sebastián, enero de 1990, págs. 71-84.

⁴⁶¹ ANTONIO RODRÍGUEZ DE LAS HERAS (n. 1947), *Historia y crisis*, Colección «Interdisciplinar», Fernando Torres Editor, Valencia, 1976, pág. 53.

⁴⁶² FRANCISCO PARRA LUNA, *et alii*, *La universidad transformacional. La medida de su calidad y eficiencia*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, pág. 26; ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Entre modernité et mondialization*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1988; J. G. Belley (director), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'interdisciplinarité*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1996.

han concluido por generar un considerable aumento de la incertidumbre⁴⁶³.

Si esta acreditada capacidad de atención y de respuesta propicia a las nuevas situaciones, por parte de nuestra Casa de estudios —que ofrece sin duda un relevante indicador de excelencia y eficiencia⁴⁶⁴ a la hora de evaluar las calidades y utilidades de las instituciones que se ocupan de producir y transmitir el conocimiento exigido por la sociedad actual⁴⁶⁵— esta cuidadosa atención a las mutaciones de la realidad y a los impactos de ésta sobre las distintas disciplinas que se ocupan de aquélla, han sido unas constantes de nuestro Centro, parece mucho más necesario mantenerlas activas y reavivarlas en el presente nuevo escenario social, cultural, económico y tecnológico en profunda transformación⁴⁶⁶, en el que los derechos «nuevos» en más de una circunstancia fueron y continúan siendo el marco en el que emergen y se producen algunas de las principales aportaciones innovadoras del universo jurídico contemporáneo⁴⁶⁷.

Creo que nunca el ritmo del cambio ha sido tan acelerado, y desde luego, jamás lo fue en una escala tan global⁴⁶⁸. La misma experiencia en este tiempo de rápidas vicisitudes y de la sorpresa, tienen un carácter tan re-

⁴⁶³ P. FUSSELL, «School for Snoberry», en *The New republic*, vol. XXV, 1982, págs. 25-31; R. R. JONSON, «Leadership Among American Colleges», en *Change*, vol. X, núm. 10, 1978; D. S. WEBSTER, *How no to Rank Universities*, University of Pennsylvania-Elsener Science Publishers B. V., Philadelphia-Amsterdam, 1985.

⁴⁶⁴ MERRITT ROE SMITH y LEO MARC (editores), *Does Technology Drive History? The Dilemma of Technological Determinism*, Massachusetts Institute of Technology Press, Cambridge (Massachusetts), 1995; DAVID SHENK, *Data Smong. Surviving the Information Glut*, Harper Collins, New York, 1997.

⁴⁶⁵ ANTONIO-JOSÉ PORRAS NADALES, «El derecho medioambiental desde el evolucionismo jurídico», en *Derecho y Conocimiento. Anuario Jurídico sobre la sociedad de la información* (Universidad de Huelva, Facultad de Derecho), volumen I, 2002, págs. 143-159, la cita en pág. 143; ID., *Claus Offe and the late democratic state theory*, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Working Papers, Barcelona, 1990; ID., *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, Col. «Apuntes sobre Constitución y política», PPU, Barcelona, 1988; ID., *Representación y democracia en...*, Col. «Cuadernos y Debates», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; ID., «Estado postsocial e integración europea», en MIGUEL ÁNGEL APARICIO (coordinador), *Derechos Constitucionales y Formas Políticas*, Actas del Congreso sobre Derechos Constitucionales y Estado Autonómico, Cedecs, Barcelona, 2001; ID., «Derecho constitucional y evolucionismo jurídico», en *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), Nueva Época, núm. 87, 1995; LUCA MEZZETTI (editor), *Il diritti della natura*, Cedam, Padova, 1997.

⁴⁶⁶ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Stato e Dirittot.....*

⁴⁶⁷ FRANCO RELLA, «Memoria y tiempo del olvido», Capítulo III de ID., *Metamorfosis. Imágenes del pensamiento*, ob. cit., eb. cit., trad. cit., págs. 36-46, la cita en págs. 38-59.

⁴⁶⁸ FRANÇOIS OST y MICHEL VAN DE KERCHOVE, «Introduction», en ID., *De la pyramide au géseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002, págs. 11-39, la cita en pág. 11.

pentino y fugaz, que sólo puede ser vivida-percibida a través de su reproducción y por tanto como pasado, como recuento, en lo que no deja de ser una perversión, una ruptura, de la linealidad del tiempo «que tal vez es única en la historia humana»⁴⁶⁹.

Hasta hace bien poco, y a despecho de las catástrofes políticas y de las transformaciones técnicas que venían anunciando las ciencias fundamentales, continuaba prevaleciendo todavía una visión del mundo caracterizada por el orden y la estabilidad westphalianos, así como por la representación euclidiana del espacio, la concepción newtoniana de la física y la lógica aristotélica⁴⁷⁰.

La situación se ha modificado tanto, que hasta los nuevos medios (satélites de comunicaciones, televisión, procesos electrostáticos de reproducción, sistemas electrónicos de impresión rápida, máquinas de composición y de enseñanza, microfichas con acceso electrónico, impresión por radio, nuevas telefonías, computadora, *time-sharing*, bancos de datos...) están orientados hacia la acción, no hacia la contemplación; hacia el presente, no hacia la tradición: «Su actitud hacia el tiempo es completamente contrapuesta a la representada por la cultura burguesa, la cual aspira a la posesión, esto es, duración y preferentemente eternidad»⁴⁷¹.

Y el cambio ha concluido por llegar, ¡y de qué modo, al universo jurídico, al Estado y al Derecho actuales, que conocen una auténtica «muta-

⁴⁶⁹ HANS-MAGNUS ENZENSBERGER, *Elementos para una teoría de los medios de comunicación*, trad. cast. de Michael Faber-Kaiser, del original *Baukasten zur Theorie der Medien* (Kursbuch, 1971), Colección «Cuadernos Anagrama», Editorial Anagrama, Barcelona, 1974, pág. 28. Utilizo, en parte y con alguna omisión, el catálogo no exhaustivo de las innovaciones que se han producido durante los últimos veinte años «que H. M. Enzensberger nos proporciona en *Elementos para una teoría...*».

⁴⁷⁰ PAUL R. KRUGMAN y ERIC LOQUIN, *La globalización de la economías y las crisis financieras: lecciones economía*, Instituto de Estudios Económicos de Galicia Pedro Barrié de la Maza, La Coruña, 1999; ERIC LOQUIN y CATHERINE KESSEDJIAN (editores) *La mondialisation du Droit*, editado por Litec y el Centre de Recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Dijón, 2000; CHARLES LEBEN, ERIC LOQUIN y MAHMMOUD SALEM, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^{ème} siècle: a propos de 30 ans de recherche de CREDIMI, Mélanges à l'honneur de Philippe Kahn*, Centre de la Recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, coeditado por Litec y CREDIMI, Paris, 2000; K. OHMAE, *The End of the Nation-State: The Rise of Regional Economies*, Free Press, New York, 1995; P. D. PHILLIPS e IMMANUEL WALLERSTEIN, «National and World identities and the international system», en *Millennium*, vol. XIV, 1986, págs. 159-171; PETER J. TAYLOR, «States in World-system analysis: massaging a creative tension», en B. GILLS y R. PALAN (editor), *Domestic Structures. Global Structures*, Lynne Rienner, Bouldner (Colorado), 1993; ID., «Beyond containers: internationality, interstate-ity, interterritoriality», en *Progress in Human Geography*, vol. XIX, 1995, págs. 1-15.

⁴⁷¹ FERNANDO BRONCANO, *Mundos artificiales. Filosofía del cambio tecnológico*, Ed. Paidós, México, 2000, págs. 19 y sigs.

ción genética» (Gustavo Zagrebelsky «dixit»), con la globalización de los mercados financieros, la interdependencia progresivamente creciente de las economías y las culturas («mundialización»⁴⁷²), el progreso de las tecnologías generadoras de una sociedad de la información y el conocimiento con la subsiguiente transformación del mundo en un sistema complejo de interacciones⁴⁷³, la construcción de la Unión Europea, la merma relativa de la capacidad de los Estados (en su doble forma de Estado-nación y del Estado de Bienestar o Estado Providencia), la aparición de fuertes poderes privados (empresas transnacionales y organizaciones no gubernamentales), el aumento del protagonismo de los jueces (tanto de los jueces estrella, como de los jueces estrellados), el culto de los derechos del hombre⁴⁷⁴, el multiculturalismo, la multiplicación de las iniciativas individualistas⁴⁷⁵... Bien cierto es que algunos tratadistas como Immanuel Wallerstein, quien postulara como modelo interpretativo «el sistema-mundo», han llegado a sugerir que el sistema capitalista como sistema histórico, y a los fines de superar sus contradicciones y ambigüedades, ha generado un patrón cultural que tiende a demostrar que en puridad de hecho nada cambia si el mundo, como se pretende, se encuentra sometido a sucesivos e incesantes cambios⁴⁷⁶.

De cuando en cuando, la inmensa mayoría sospechamos, o conjeturamos que el mundo que hemos contribuido a configurar ha terminado por hacerse demasiado complejo, y avanza a una velocidad superior a la que nos permitiría poder conseguir comprenderlo, y bastante más acelerada a la que necesitaríamos para poder llegar a controlarlo. Situación en la que el futuro se muestra, en ocasiones, más como una amenaza inde-

⁴⁷² M. GAUCHET, «Quand les droits de l'homme deviennent une politique», en *Le Débat*, núm. 110, 2000, págs. 258 y sigs.; D. GILLET y A. LEFEBVRE, *Internet, la plasticité du droit mise à l'épreuve*, Fondation Roi Baudoin, Bruxelles, 1998.

⁴⁷³ FRANÇOIS OST y MICHEL VAN DE KERCHOVE, «Introduction» a ID., *De la pyramide au réseau?*, ob. cit., eb. cit., pág. 12.

⁴⁷⁴ IMMANUEL WALLERSTEIN, «Culture as Ideological Battleground», en M. FEATHERSTHON, *Nationalism, Globalization and Modernity*, Sage Publications Limited, London, 1999, págs. 38-39; ID., *The Modern World System. Capitalist, Agriculture and the Origin of the European World-Economy in the Sixteenth Century*, Academic Press, New York, 1974 (hay trad. cast. de A. Resines, *El moderno sistema mundial. I. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI*, Siglo XXI Editores, México, 1974).

⁴⁷⁵ REMO BODEI, «La esperanza después del ocaso de las esperanzas» en ID., *Libro de la memoria y de la esperanza*, ob. cit., eb. cit., trad. cast. cit., pág. 12.

⁴⁷⁶ THOMAS HOMER-DIXON, *El vacío del ingenio. ¿Podremos resolver los problemas del futuro?*, trad. cast. de Carmen Martínez Gimeno, del original *The Ingenuity Gap* (Vintange Canada Edition, 2001), Colección «Espasa-Fórum», Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 2003, pág. 11.

terminada, que como una promesa plena de contenidos⁴⁷⁷ y abierta a la esperanza.

A veces pensamos que ni siquiera los llamados expertos, y mucho menos los dirigentes políticos, conocen realmente qué es lo que en verdad está sucediendo, y sospechamos que los seres humanos tanto en la condición de individuos, como en la de especie, hemos puesto en funcionamiento una serie de fuerzas o de mecanismos que acaso no podemos, o no conseguimos, dominar⁴⁷⁸.

Nunca los distintos informes y documentos colectivos —de la «Asociación Internacional de Sociólogos en lengua francesa» (1990), «Declaración internacional con ocasión del V Centenario de la Bula cisneriana» (1999), «Informe para un debate de la Federación de Asociaciones de Catedráticos de Universidad» (2001), «Informe Bricall» (2000)...— acerca de las exigencias apremiantes que los nuevos tiempos reclaman a la institución universitaria habían insistido tanto en el imperativo de potenciar la capacidad de adaptación a los cambios de todo tipo, y principalmente a los de naturaleza tecnológica.

Todo parece apuntar a que si se carece de capacidad de adaptación a los cambios constantes de nuestro entorno, o se tiene dicha capacidad escasamente desarrollada, existe un alto riesgo de quedarnos rezagados. Con ese tono sentencioso que gustan utilizar los pronosticadores tan frecuentemente incursos en «prognodojas», o paradojas de pronosticación⁴⁷⁹, se dice que en el siglo XXI se pondrá en evidencia hasta qué punto las disparidades crecientes se deberán en una medida muy determinante al contraste entre quienes son capaces de adaptarse sin especiales dificultades a los cambios, y quienes no logran hacerlo.

Nuestra Casa de estudios tomaría de este modo distancias frente a alguno de los rasgos menos positivos de la actual Universidad, en lo que ésta tiene de institución a veces profundamente recelosa contra lo eminente⁴⁸⁰, y de esta forma haría el debido honor y reconocimiento tanto a su acredi-

⁴⁷⁷ STANISLAW LEM (n. 1921), «Extelopedia Vestrand. Pliego de muestra», en ID., *Un valor imaginario*, trad. cast. de Jadwiga Maurizio, del original, *Wielkosc Urojona* (1973), Colección «Bruguera Libro Amigo», Editorial Bruguera, Barcelona, segunda edición, mayo de 1986, págs. 97-108, la cita en pág. 99.

⁴⁷⁸ RAFAEL LAPESA MELGAR, «Recuerdo y lección del plan Morente», en *Revista de Occidente* (Fundación José Ortega y Gasset, Madrid), núm. 60, mayo de 1986, págs. 78-88, la cita en pág. 86.

⁴⁷⁹ ZYGMUNT BAUMAN, «Tradición y autonomía en el mundo moderno», «Excurso 2» de ID., *En busca de la política*, ob. cit., eb. cit., trad. cast. cit., págs. 141-148.

⁴⁸⁰ GILLES DELEUZE (1925-1995), *Nietzsche y la filosofía* (1962), trad. cast. Ed. Anagrama, segunda edición, Barcelona, 1986, págs. 10 y sigs.; EUGEN FINK, *La filosofía de Nietzsche*, LLX (1976) trad. cast., Colección «Alianza Universidad», Ed. Alianza Editorial, Madrid, primera edición, décima reimpresión, 1996, págs. 14 y sigs.

tada memoria, historia y tradiciones⁴⁸¹ —no en vano pertenece a nuestra condición de seres humanos vivir historiando, y es propio de los entes culturales no tener esencia sino historia, que dijera, en uno de sus muchos derroches de lucidez y concisión⁴⁸², el filósofo y poeta alemán Friederich Wilhelm Nietzsche (1844-1900)⁴⁸³, incluso aquellos entes culturales que se asientan en «sociedades post-tradicionales» —o, quizá mejor, al margen de la tradición, en parte por exceso de tradiciones y de lecturas en competencia con el pasado⁴⁸⁴— del tipo de la «sociedad policéntrica» en que vivimos, en el marco de «la cultura de la impaciencia» y de lo efímero—. Mensajes del pasado que ayudan a dar forma al presente y hacen que resulte más sencillo mantener el rumbo en el futuro, mediante la perseverancia en el aprecio hacia la comunidad humana, que más de uno propone denominar lealtad⁴⁸⁵. No es improbable que el reconocido prestigio⁴⁸⁶ y la proverbial credibilidad alcanzada por nuestra Alma mater en el conjunto de las universidades españolas, se debe en parte no menor a su capacidad para poder asumir las posibilidades creativas que han transmitido las sucesivas generaciones que transcurrieron por ella, aceptando absolutamente su pasado histórico, y el elevado grado de cumplimiento y de sus realizaciones («achievements») de los mandatos normativos que merecen ser considerados su razón de ser.

Rasgos ambos que, en su condición de constituyentes indispensables, desde una perspectiva cultural, de la propia identidad colectiva, además de aportar a esta Casa de estudios reservas importantes de capital social y simbólico⁴⁸⁷ —entre otros: dispositivos de adaptación, formas de recono-

⁴⁸¹ A. R. DRENGSON, *Beyond environmental Crisis: From Technocrat to Planetary person*, 1989; REINHART KOSELLECK, *Critique and crisis: Enlightenment and the Pathogenesis of Modern Society*, 1988.

⁴⁸² ANTHONY GIDDENS, «Living in a post-traditional society», en ID., *In Defense of Sociology: Essays, Interpretations and Rejoinders*, Polity Press, Cambridge (UK), 1996.

⁴⁸³ LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, «La lealtad política», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 210, noviembre-diciembre de 1975, págs. 5-29, la cita en pág. 5.

⁴⁸⁴ JOSEPH S. ROUCEK, «Social Factors in Prestige», en *Revista Internacional de Sociología* (Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid), año XVIII, núm. 71, julio-septiembre de 1960, págs. 385-403.

⁴⁸⁵ FRANÇOIS OST, «Ouverture» en ID., *Le temps du droit*, Editions Odile Jacob, París, noviembre de 1997, págs. 9-18, la cita en pág. 15.

⁴⁸⁶ JEROME H. BARKOW, LEDA COSMINES y JOHN TOBBY (editores), *The adapted mind: Evolutionary psychology and the generation of culture*, Oxford University Press, New York, 1992.

⁴⁸⁷ ALESSANDRO FERRARA, «La realización de las entidades colectivas», en ID., *Autenticidad reflexiva. El proyecto de la modernidad...*, ob. cit., ed. cit., trad. cit., capítulo VI, págs. 233-274, la cita en pág. 234.

cimiento social, expectativas de reciprocidad e información, obligaciones de reciprocidad, interconocimiento e interreconocimiento, y una anticipación positiva del estado futuro del colectivo ...⁴⁸⁸ constituyen fundamentalmente representaciones o constructos simbólicos compartidos⁴⁸⁹ dentro del grupo, al que le proporcionan una de sus más características (si bien nunca completas, ni definitivamente acabadas) señas culturales de «identidad por la convivencia»⁴⁹⁰, y nos permiten que no tengamos que partir de cero, sino del acervo posibilitante recibido⁴⁹¹.

Se trata de rasgos dotados, todos ellos, de cierta permanencia, que no de datos meramente históricos, ya transcurridos, y cuya vigencia pertenece tan solo al pasado. Rasgos que confieren una cierta unidad y continuidad a la experiencia consciente⁴⁹² de la institución, y que en la medida en que así operan, nos permiten estimular y escrutar nuestro conocimiento socio-cultural⁴⁹³ y nuestra memoria institucional.

Rasgos que, además, al hacerlo, facilitan, en una medida no pequeña,

⁴⁸⁸ MANUEL MACEIRAS FAJÁN, «Identidad y perspectivas» en el volumen colectivo dirigido por José-Luis Abellán, *El reto europeo: identidades culturales en el cambio de siglo*, coeditado por la Asociación de Hispanismo Filosófico y la Editorial Trotta, Colección «Estructuras y procesos. Serie Filosofía», Madrid, 1994, págs. 15-20, la cita en pág. 15.

⁴⁸⁹ JUAN CRUZ CRUZ, «Tradición fund... y tradición consciente», en ID., *Libertad en el tiempo. Ensayo sobre la historicidad humana. Curso de Filosofía de la historia*, Biblioteca Breve de Temas Actuales, Asociación de la Rebid, sin fecha, págs. 88-89.

⁴⁹⁰ JEAN-PIERRE CHANGEAUX, «La cuestión de la memoria» en JEAN-PIERRE CHANGEAUX y PAUL RICOEUR (n. 1913), *La naturaleza y la norma. Lo que nos hace pensar*, trad. cast. de Carlos Avila Flores del original *Le nature et la règle: le qui nous fait penser* (Editions Odile Jacob, Paris, 1998), Fondo de Cultura Económica, México, 2001, págs. 143-146, la cita en pág. 143; ENDEL TULVING, «Human memory», en P. ANDERSEN, O. HUALBY, O. PAULSEN y B. HOKFELT (editores), *Memory concepts. Basic and Classical Aspects*, págs. 27-116; ID. (editor), *Memory: consciousness and the brain*, The Tallin Conference, Psychology Press, Philadelphia, 1999; DANIEL L. SCHACTER y ENDEL TULVING, *Memory systems*, Massachusetts Institut Technologie, Cambridge (Massachusetts), 1994; ENDEL TULVING y WAYNE DONALDSON, *Organization of memory*, Academic Press, New York, 1972; ENDEL TULVING y FERGUS I. M. CRAIK, *The Oxford handbook of Memory*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

⁴⁹¹ TEUN A. VAN DIJK, *Ideología y discurso. Una introducción multidisciplinaria*, trad. cast., de Joana Gironella, Colección «Ariel Lingüística», Editorial Ariel, Barcelona, mayo de 2003, págs. 20-22.

⁴⁹² TEUN A. VAN DIJK, *El discurso como interacción en la sociedad* (1997), trad. de José-Angel Álvarez, en TEUN A. VAN DIJK (compilador), *El discurso como interacción social*, «Estudios del discurso: Introducción multidisciplinaria», volumen II, Gedisa Editorial, Barcelona, marzo 2000, págs. 19-66, la cita en pág. 22 (el volumen colectivo se publicó en lengua inglesa con el título *Discourse as Social Interaction. Discourse Studies. A Multidisciplinary Introduction*, Sage Publications, London-Thousand Oaks-New Delhi).

⁴⁹³ MICHAEL P. FOGARTY, «The Rhythm of Change», en *The Review of Politics* (Notre Dame, Indiana), vol. XXIII, núm. 4, octubre de 1960, págs. 451-465.

el que podamos definirnos, identificarnos y reconocernos como miembros de comunidades⁴⁹⁴, y a la vez hacen posible el abordaje del siempre tan deseable como necesario y recursivo autocuestionamiento, y la «puesta en perspectiva de comunicación» con un horizonte cada vez más amplio. Para abrirnos al futuro, debemos estar fecundamente vinculados al pasado histórico, en lo mucho, de hecho, que este nos sigue ofreciendo.

III. EL DERECHO Y LA «GRAN TRANSFORMACIÓN»

III.1. El conjunto de notas que hemos tomado en consideración se materializa en medio de un nuevo escenario, con la conciencia plena de saber que en el tiempo en el que nos ha tocado vivir hemos de movernos en el horizonte de un complejísimo y profundo proceso de cambio en curso, donde el vértigo de la entropía ha inoculado la prisa en todos los asuntos humanos, y nos conduce a un contexto abierto a modificaciones del alto alcance, en el que se diría que, o bien no somos capaces, o al menos nos resulta muy difícil hacerlo, de articular pasado y porvenir, memoria y proyecto⁴⁹⁵.

Sabido es que con la progresiva aceleración del tiempo histórico, a la que es preciso sumar la aceleración exponencial del proceso de cambio⁴⁹⁶, se produce una considerable modificación tanto del recuerdo, como de la percepción del presente y de las expectativas de futuro. Se disponen así en lo indistinto el antes, el ahora y el después. De este modo se difuminan los diferentes momentos temporales a favor de un presente siempre abierto a la irrupción de lo nuevo y de lo no previsto⁴⁹⁷. En una sociedad del conocimiento en la que el criterio de corrección ya no viene dado, como sucedía en el pasado, por la *adequatio intellectus ad rem*, sino por la transmisibilidad, esto es, por la posibilidad de llegar a transmitir o comunicar lo que se sabe.

⁴⁹⁴ EDGAR FAURE, FELIPE HERRERO, ABDUL-RAZZAK KADDOURE, HENRI LOPES *et alii*, *Aprender a ser. La educación del futuro*, trad. cast. de Carmen Paredes de Castro del original, *Apprendre à être* (Unesco, Paris, 1972), Alianza Editorial, Madrid, 1973, pág. 154.

⁴⁹⁵ REMO BODEI, «La esperanza después del ocaso de las esperanzas», en ID., *Libro de la memoria y la esperanza*, ob. cit., eb. cit., trad. cast. cit., págs. 14-16.

⁴⁹⁶ FULVIO ATTINÀ, *El sistema político global. Introducción a las relaciones internacionales*, trad. cast. de Juan Trejo Álvarez, revisión técnica de Rafael Grasa, del original *Il sistema politico globale* (Gius. Laterza & Figli Spa, Roma-Bari, 1999), Colección «Paidós Estado y Sociedad», Ediciones Paidós, Ibérica-Editorial Paidós SAICF, Buenos Aires, 2001, págs. 9-12, la cita en pág. 9.

⁴⁹⁷ THOMAS HOMER-DIXON, *El vacío del ingenio...*, ob. cit., ed. cit., trad. cit., «Prólogo», págs. 11-17.

En un marco en el que el fecundo sentido de la tradición ha sido desviado o se ha visto obstruido; y en el que el horizonte de las expectativas se hace progresivamente más incierto e indiferenciado, hasta el punto que no es, ni mucho menos tarea fácil, indicar la dirección, o las posibles direcciones, del cambio en curso, o adoptar la perspectiva de análisis adecuada⁴⁹⁸.

Enfrentados además, como de hecho nos encontramos, a un auténtico «vacío de ingenio», que resulta tan considerable como preocupante. Esto es, a lo que no deja de ser sino un déficit entre las demandas crecientes de los problemas técnicos y sociales, con su correspondiente reto de pensar adecuadamente y la urgencia de actuar de modo preciso, y la insuficiente oferta de respuestas a aquellas demandas⁴⁹⁹. En medio, eso sí, de la volatilidad, fragmentación y rápida fluctuación de los temas y de los focos que proyectan y reclaman la llamada a la atención pública⁵⁰⁰, y donde las grandes construcciones teóricas se configuran como modelos de construcción cuya certidumbre resulta ser cada vez más contingente.

En el ámbito de una cultura que se encuentra dotada de una identidad que se diría rutilante, al tiempo que contradictoria y fragmentaria. Identidad que, en la medida en que viene a propugnar el antagonismo entre la libertad y la tradición, asume una racionalidad restringida al presente. Cultura que con excesiva frecuencia se encuentra teñida, y en no escasa medida conformada, por el instantaneísmo, la provisionalidad, la negación del poder inmemorial y de la tradición y «la celebración del presente social»⁵⁰¹, o el circunstancialismo continuamente cam-

⁴⁹⁸ CLAUS OFFE, *Modernity and the State: East-West*, Polity Press, Cambridge (UK), 1996, págs. VII-X; ALBRECHT WELLMER, *Finales de partida: la modernidad irreconciliable*, trad. cast., Universitat de València-Editorial Cátedra, Valencia-Madrid, 1996, págs. 35 y sigs.

⁴⁹⁹ GILLES LIPOVETSKY (n. 1944), *L'ère du vide: essais sur l'individualisme contemporain*, Colección «Folio Essais», Ed. Gallimard, Paris, 1983 (trad. cast. de Juan Vingoli y Michèle Pendanx, *La era del vacío: ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, 1986, hay octava edición, 1993); ID., *La grande boulangère*, Paris, 1991; ID., *Le crépuscule du devoir*, Paris, 1992 (trad. cast. *El crepúsculo del deber. La ética indolosa de los nuevos tiempos democráticos*, trad. cast. de Juana Bignozzi, Colección «Argumentos», Editorial Anagrama, 1994, hay quinta edición, 2000).

⁵⁰⁰ JOSÉ GAOS (1900-1969), «Salvación de Ortega» (1956) en ID., *Sobre Ortega y Gasset*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1957, págs. 73-86. Recogido en ID., *La filosofía de la filosofía*, antología y presentación de Alejandro Rossi, Editorial Crítica, Grupo editorial Grijalbo, Barcelona, 1989, la cita en pág. 68.

⁵⁰¹ GILLES LIPOVETSKY (n. 1944), *L'ère du vide. Essais sur l'individualisme contemporain*, col. «Folio Essais», Gallimard, Paris, 1983; ID., *El imperio de lo efímero. La moda y su destino en las sociedades modernas*, trad. cast. del original, *L'empire de l'éphémère: la mode et son destin dans les sociétés modernes*, Colección «Folio Essais», Ed. Gallimard, Paris, 1983) a cargo de Felipe Hernández y Carmen López, Ed. Anagrama, Barcelona, cuarta edición, 2000, págs. 303-304; ID., *Le luxe éternel*, Ed. Gallimard, Paris, 2003.

biente⁵⁰², y la sobrevaloración y el imperio de lo efímero⁵⁰³ (de lo que hoy entusiasmo y mañana se desecha), y del presente («vivir para el presente es hoy la pasión dominante» nos recuerda Christopher Lasch).

En medio de lo que no es sino una generalizada exaltación del aquí y ahora, del negarse a pensar en o hacia el futuro, con el primado de la simultaneidad entre el deseo y su gratificación, y la imposición en bastantes ámbitos de la vida del corto plazo. Imperio de lo efímero que estaría situado en las antípodas del platonismo, es decir, de la corriente esencialista y totalizadora de la tradición filosófica occidental —tal y como pusieran de manifiesto con brillantez, entre otros, autores tan diferentes y sobresalientes como Hannah Arendt (1906-1975)⁵⁰⁴, Theodor Wiesengrund Adorno (1903-1969), Max Horkheimer (1895-1973)⁵⁰⁵ y François Ost⁵⁰⁶, si bien todos ellos han sido partícipes de las pasiones civiles de su tiempo— lo que

⁵⁰² SEYLA BENHABIB, «The Judgement and the moral foundations of politics in Hannah Arendt's Thought», en *Political Theory*, vol. XVI, núm. 1, febrero de 1988, págs. 21-51; ID., *The reluctant modernism of Hannah Arendt*, Col. «Modernity and Political Thought», Sage, Thousand Oaks, 1996.

⁵⁰³ THEODOR W. ADORNO (1903-1969) y MAX HORKHEIMER (1895-1973), *Dialectics of Enlightenment*, trad. al inglés de John Cumming del original *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente* (Amsterdam, 1947, hay ediciones posteriores de 1969 y 1971; trad. al cast. a cargo de H. A. Murena, como *Dialéctica del Iluminismo*, en la Colección «Estudios Alemanaes», Ediciones Sur, Buenos Aires, febrero de 1969), Verso, London, 1979, pág. 216: «Los individuos ven reducido a una mera secuencia de experiencias instantáneas que no dejan rastro, o si lo dejan, son rastros aborrecibles por irracionales, superfluos y sobrepasantes del sentido literal»; vid. JOSÉ-MARÍA MARDONES, «Aproximación al concepto de ciencia sociológica en Max Horkheimer», en *Pensamiento* (Casa de Escritores, SA, Madrid), vol. XXXIV, núm. 133, enero-marzo de 1978, págs. 5-23; W. POST, *Kritische Theorie und metaphysischer Pessimismus. Zum Spätwerk Max Horkheimer*, Kösel Verlag, München, 1971. En GABRIEL MARCEL (1889-1973) hay también un abierto rechazo a todo lo que sea también intentar reducir la vida humana a un mero conjunto de instantes o de secuencias aisladas, vid. FRANCISCO PECCORINI LETORA, *Gabriel Marcel. La razón de ser en la participación*, Libros Pensamiento, Madrid; JULIA URABAYEN PÉREZ (n. 1972), *El pensamiento antropológico de Gabriel Marcel. Un canto al ser humano*, Colección «Filosofía», Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Navarra, Ediciones de la Universidad de Navarra, SA, Pamplona, junio de 2001, págs. 126-128.

⁵⁰⁴ FRANÇOIS OST, «Ouverture» a ID., *Le temps du droit*, Editions Odile Jacob, Paris, noviembre de 1997, págs. 9-18, la cita en pág. 15; DENIS H. WRONG, «The oversocialized conception of Man in modern sociology», en *American Sociological Review*, vol. XXVI, 1961, págs. 183-193; ID., *Power: its forms, bases and uses*, Harper Colophon Books, New York, 1980 (hay ed. de 1979 en Basil Blackwell, Oxford); ID., *Skeptical Sociology*, Columbia University Press, New York, 1976.

⁵⁰⁵ EMMANUEL TODD, *L'illusion économique. Essai sur la stagnation des sociétés développées*, Ed. Gallimard, Paris, 1988.

⁵⁰⁶ JEAN-PIERRE CHANGEAUX, «Conciencia de sí mismo y conciencia de los demás», en JEAN-PIERRE CHANGEAUX y PAUL RICOEUR, *La naturaleza y la norma...*, ob. cit., ed. cit., trad. cit., págs. 139-180, la cita en pág. 152.

determina que en la actualidad la vida de las personas, de las sociedades y de las economías se inscribe decididamente en la perspectiva del «plazo corto»⁵⁰⁷ y «el espíritu de la moda domine sobre la tradición en prácticamente todos los lugares, de la misma forma que domina la modernidad sobre la herencia»; y a su vez hace que carezcamos de un verdadero, lúcido y seguro amarre en el tiempo —quienes se encuentran instalados en la novedad no en el pasado—, y contribuye a que nuestras perspectivas se vean completamente desinformadas, recortadas y falseadas por las distorsiones de memoria⁵⁰⁸ con los riesgos subsiguientes: a) la fabricación de forma interesada de una tradición⁵⁰⁹, b) la incorporación de falsos recuerdos, c) la desvirtuadora eliminación o conjura⁵¹⁰ de la conciencia del pasado⁵¹¹, o su

⁵⁰⁷ HINNERK BRUHNS, «El inaccesible pasado alemán», en *El Correo de la Unesco* (París), abril de 1990, págs. 4-9; JEAN ANDREAU e HINNERK BRUHNS, *Parenté et stratégies familiales dans l'antiquité romaine*, Actes de la table ronde des 2-4 octobre 1986, Maison des Sciences de l'homme, Ecole Française de Rome, Paris-Roma, 1990.

⁵⁰⁸ LESZEK KOLAKOWSKI (n. 1927), «A Calamitous Accident», en *The Times Literary Supplement* (London), seis de noviembre de 1992, pág. 5: «El pasado pero lo que no se puede nublar es...».

⁵⁰⁹ JEROME H. BARKOW, LEDA COSNIDES y JOHN TOOBY, *The Adapted Mind Evolutionary Psychology and the Generation of Culture*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1992; SHERI BERMAN, «Civil Society and Political Institutionalization», en *American Behavioral Scientist*, vol. XL, núm. 5, 1997, págs. 562-574; CARLOS BOIX y DANIEL N. POSNER, *Capital social y democracia*, trad. cast. en *Revista Española de Ciencias Políticas*, 2000, 1, 2, págs. 159-185; PIERRE BOURDIEU (1930-2003), «Le capital social: Notes provisoires», en *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* (Paris), 1983 (trad. cast. en *Zona abierta*, Madrid, vol. 94-95, 2001, págs. 83-88); PIERRE CHAUNU (n. 1923), *Histoire et décadence*, Librairie Académique Perrin, Paris, 1982 (trad. cast. de Joseph M. Colomes, *Historia y decadencia*, Ed. Juan Granica, Barcelona, 1983); ID., *Otra vez la crisis. El análisis histórico del presente*, Cap. I de ID., *El rechazo de la vida. Análisis histórico del presente*, traducción del francés a cargo de Juan del Agua del original *Le refus de la vie* (Calmana Lévy, Paris, 1975), Espasa-Calpe, Madrid, 1975, págs. 13-20, la cita en pág. 22; ID., *Un futur sans avenir: histoire et population*, Calmann-Lévy, Paris, 1979 (trad. cast. de Oscar Barahona y Uxo Doyhamburne, *Historia y población: Un futuro sin porvenir*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982).

⁵¹⁰ HAYDEN WHITE, *Tropics of Discourse. Essays in Cultural Criticism*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1978, pág. 117; VERÓNICA TOZZI, «El relato histórico: ¿hipótesis o ficción? Crítica al narrativismo impositivista de Hayden White», en *Análisis Filosófico*, vol. XVII, núm. 1, 1997, págs. 75-93; ID., «Introducción» a HAYDEN WHITE, *El texto histórico como artefacto literario y otros escritos*, trad. al cast. de Verónica Tozzi y Nicolás Lavagnino, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2003.

⁵¹¹ CHRISTINA HOWARD y KEITH TUFFIN, «Repression in Retrospect. Constructing History in the Memory Debate», en *History of the Human Sciences* (Sage Publications, Thousand Oaks-California y London), vol. XV, núm. 3, agosto de 2002, págs. 75-93; E. LOFTUS, J. FELDMAN y R. DAGHIELL, «The reality of illusory memories», en D. SCHACTER (compilador), *Memory, Distorsion*, Harvard University Press, Cambridge (Mass), 1995, págs. 47-68; JENNAN ISMAEL, «Remembrance Mementos and Time-Capsules», en *Philosophy: The Journal of the Royal Institute of Philosophy* (Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom), vol. 50 (Sup.), 2002, págs. 317-328.

reconstrucción y representación⁵¹² interesada⁵¹³. Con todo lo mucho que una situación de esta naturaleza tiene de ausencia de soportes y de continuidad. Situados como estamos en una experiencia en la que lo inexistente y lo olvidado se igualan y se equiparan⁵¹⁴, puesto que, tal y como escribiera el poeta francés, pensador, ensayista y crítico Paul Valéry (1871-1945), «Todo lo que se va tiene el carácter de lo irrevocable, y se siente la muerte que camina encima de nosotros»⁵¹⁵.

Un olvido que nunca es pura y simple ausencia, sino más bien la oscura presencia de la nada y la muerte. Y no se pierda de vista que los recuerdos continúan siendo, en la mayor parte de los casos, las marcas cognitivas de la percepción y la representación de las tendencias actuales⁵¹⁶, así como una pieza clave para la identificación, orientación y supervivencia en el

⁵¹² LUIS JORDANA DE POZAS, «Necesidad de la historia corporativa», en ID., *Historia, realidad y futuro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Discurso leído el día dieciocho de febrero de 1974, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1974, págs. 7-11, la cita en pág. 7.

⁵¹³ FRANCO RELLA (n.1944), «Memoria y Tiempo del olvido», en *Metamorfosis. Imágenes del pensamiento*, trad. cast. de Joaquín Jordá, del original *Metamorfosis. Immagini del pensiero* (Giangiacomo Feltrinelli, Milano, 1984), Colección «Espasa-Mañana-Ensayos», Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1989, Capítulo III, págs. 36-46, la cita en pág. 37; PAUL VALÉRY, *Cahiers*, Gallimard, Paris, 1976 y 1980, vol. I: *Temps* (Los «Cahiers» o libros de anotaciones se extienden a lo largo de una edición de veinticinco volúmenes, redactados entre 1894 y 1945 y editados entre 1957 y 1961).

⁵¹⁴ ZYGMUNT BRUMAN, «Donde confluye lo público y lo privado», en ID., *En busca de la política*, ob. cit., ed. cit., págs. 87-118, la cita en pág. 106; ERIC J. HOBSBAWM, «The Social Functions of the Past: Some Questions», en *Past and Present* (Oxford), núm. LV, 1972, págs. 3-17.

⁵¹⁵ ROBERT LAYTON, *Who's Needs the Past? Indigenous Values and Archeology*, Unwim Hyman, London, 1989.

⁵¹⁶ EDWARD SHILS, «Tradition and Liberty: Autonomy and Interdependence», en *Ethics: A International Journal of Science, Political and Legal Philosophy* (University of Chicago Press, Chicago), vol. LXVIII, núm. 3, abril de 1958, págs. 153-165; STEFAN ZWEIG (1881-1942), *El mundo de ayer: Memorias de un europeo*, trad. cast. de *Die Welt von gestern*, Ed. El Acanilado, quinta reimpresión, Barcelona, 2002 (hay ed. anterior, trad. cast. del alemán a cargo de Alfredo Cahn, Hispano-Americana de Ediciones, Barcelona, 1947, Club de Lectores, Barcelona, 1955, Ed. Juventud, Barcelona, 1968); ID., *Obras completas*, vol. I, *Novelas*, Ed. Juventud, Col. «Clásicos y Modernos», novena edición, Barcelona, 1976; ID., *Obras completas*, vol. II, «Biografías 1», Ed. Juventud, Col. «Clásicos y Modernos», octava edición, Barcelona, 1978; ID., *Obras completas*, vol. III, «Biografías 2», Ed. Juventud, Col. «Clásicos y Modernos», novena edición, Barcelona, 1978; ID., *Obras completas*, vol. IV, «Memoria y ensayos», Ed. Juventud, Col. «Clásicos y Modernos», séptima edición, Barcelona, 1971; ID., *Tiempo y mundo*, trad. cast. de Tristan la Rosi, Apolo, Barcelona, 1953; ID., *Die Welt von Gestern: Erinnerung eines Europäers*, Fischer Taschenbuch, Fischer Verlag, Frankfurt am Main, 1995; ID., *Le monde d'hier: souvenirs d'un Européen*, trad. de Jean-Paul Zimmermann, Pierre Belford, Paris, 1987.

presente natural y cultural⁵¹⁷. El pasado, «el mundo de ayer»⁵¹⁸ nos conforman siempre, y debería vivirse no sólo, pero también en la tensión del presente⁵¹⁹.

Situación en la que, además, y sin que ya ni deba, ni pueda sorprendernos, la plasticidad ha pasado a representar uno de los componentes más relevantes y calificadores que informan el conjunto de la vida contemporánea.

La propia concepción de los sistemas jurídicos que ha sido desarrollada por quien fuera alumno y sucesor en la Cátedra de Herbert L. A. Hart (1907-1992) en la Universidad de Oxford, Joseph Raz (n. 1939, cuyo pensamiento y preocupaciones, que transcurre entre los ámbitos de la filosofía del derecho, la filosofía política y la filosofía moral, encuentran unidad en la noción de la filosofía de la razón práctica⁵²⁰) —según la cual todos y cada uno de los distintos sistemas jurídicos únicamente puede ser momentáneo («momentary legal system»), en la medida en que toda incorporación a un determinado orden jurídico de una norma cualquiera, o la derogación o la modificación parcial de una sola de sus disposiciones normativas, tiene por efecto crear un nuevo sistema jurídico—, sería expresión puntual de este punto de vista⁵²¹. Si bien, y aun cuando resulte en principio posible concebir un derecho disuelto en la mera instantaneidad (o un derecho momentáneo, «momentary»⁵²²), no creo que se llegue a materializar tal cosa en la experiencia jurídica real.

⁵¹⁷ IGNACIO IZUZQUIZA, *Filosofía del presente. Una teoría de nuestro tiempo*, ob. cit., eb. cit., págs. 53 y sigs., Cap. II: «Un escenario de cambios».

⁵¹⁸ S. W. AIYAR, «The Problems of Law's Authority: John Finnis and Joseph Raz on Legal obligation», en *Law and Philosophy*, 2002, págs. 275-304.

⁵¹⁹ CARLOS E. ALCHOURRÓN y EUGENIO BULYGIN, *Normative systems*, Springer Verlag, New York-Wien, 1972, págs. 77 y 89-90 (trad. cast., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975); ID., *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; J. L. GARDIES, «Système normative et système logique», en WERNER KRAWIETZ y W. OTT (editores), *Formalismus und Phänomenologie in Rechts denken der Gegenwart. Festgabe für Alois Troller zum 80 Geburtstag*, Duncker und Humblot, Berlin, 1987, págs. 173 y sigs.; JOSEPH RAZ, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 1970, págs. 34 y sigs. (hay segunda edición de 1980); ID., *Practical Reason and Norms* (1975), Princeton University Press, Princeton (New Jersey), segunda edición, 1990; ID., *Razón práctica y normas*, trad. cast. de Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; ID., *Ethics in the Public Domain. Essays on the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

⁵²⁰ R. W. DIAS, «Temporal Approach. Towards a Natural Law», en *Cambridge Law Journal*, vol. XXVIII, 1970, págs. 75 y sigs.

⁵²¹ ANTÓN WURSTER, *Los Balcanes del Mediterráneo*, Colección «Libros de actividad política», Editora Nacional, Madrid, MCMLIV, págs. 14 y sigs.

⁵²² En el período de entreguerras el ensayista y dramaturgo francés León Daudet, de la Academia Goncourt, dio a luz la publicación *Le stupide XIX^{ème} Siècle. Exposé des insanités*

Con su característica lucidez, el ensayista y creador mexicano Carlos Fuentes (n. 1928) afirma, y sin que le falten sólidas razones para hacerlo, que nuestro breve y atroz siglo XX empezó y terminó con los conflictos desatados en el mosaico de los Balcanes⁵²³. Demorar el inicio del siglo XX al inicio o la conclusión de la Gran Guerra viene siendo una propuesta que se practicó bien pronto, y cuyo uso no parece que esté en decadencia⁵²⁴.

Bien puede decirse al respecto que, en lo que a las disputas teóricas concierne, el siglo XX se abrió con la eclosión de una auténtica batería de teorías acerca de la decadencia, y tal parece que se cerró con el discurso sostenido de la teoría del caos⁵²⁵ o teoría de los sistemas dinámicos no lineales, que tiene su punto de arranque en las investigaciones del físico ruso blanco de origen, naturalizado belga, premio Solvay 1966 y premio Nóbel de Química 1977 —por su hallazgo de las estructuras disipativas— Ilya Prigogine (1917-2003), considerado como el padre de la teoría que hizo saltar por los aires el hasta entonces asentado concepto mecánico del universo.

Teoría que entiende que el caos que percibimos no es producto de nuestra ignorancia ni obstaculiza el desarrollo de la vida, al ser más bien algo que existe en la propia Naturaleza y una condición imprescindible para su interpretación. Teoría del comportamiento aparentemente aleatorio dentro de un sistema determinista, en el que la impredecibilidad del sistema no puede ser achacado a la falta de leyes que lo gobiernen, sino a que el resultado es muy sensible a las momentáneas, e imprescindibles variaciones en las condiciones iniciales⁵²⁶. Circunstancias ambas que difícil-

meurtrières qui se sont abbatues sur la France depuis 130 ans. 1789-1919, Nouvelle Librairie Nationale, París, tercera tirada de la segunda edición, MCMXXII.

⁵²³ GEORGES BALANDIER, *El desorden. La teoría del caos y las ciencias sociales. Elogio de la fecundidad del movimiento*, trad. cast. de Beatriz López, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.

⁵²⁴ IAN STEWART (n. 1945), *¿Juega Dios a los dados? La nueva matemática del caos*, trad. cast. de Miguel Ortuño, Jesús Ruiz Martínez y Rafael García Molina, R. B. A. Ediciones, Barcelona, 1994 (hay edición en la Colección «Libro de mano», Ed. Crítica, Barcelona, 1996 y nueva edición revisada y puesta al día por el autor, en la Colección «Drakontos», Ed. Crítica, Barcelona, 2001); ID., *Oh, Catastrophe*, Librairie Classique Eugène Berlin, 1994.

⁵²⁵ JACQUES ATTALI (n. 1943), *Milenio*, trad. de R. M. Bassols del original, *Lignes d'horizon* (Librairie Arthème Fayard, París, 1990), Editorial Seix Barral, Barcelona, octubre 1991, pág. 5; ID., *Economie de l'Apocalypse*, Librairie Arthème Fayard, París, 1995; ID., *Chemins de sagesse: traité du labyrinthe*, Librairie Arthème Fayard, París, 1999; ID., *Mémoire de sabliers*, Les Editions de l'Amateur, París, 1997; ID., *Dictionnaire du XXI^e siècle*, Librairie Arthème Fayard, París, 1997; ID., *Fraternités: Une nouvelle utopie*, Librairie Arthème, París, 1999; A. MARTINICH, «A Theory of Metaphor», en S. DAVIS, *Pragmatics. A Reader*, Oxford University Press, Oxford, 1991.

⁵²⁶ P. SMITH, *El caos*, Cambridge University Press, Madrid, 2001.

mente podríamos imputar al mero azar o a la voluble casualidad. El caos fue, de manera incontestada la metáfora más característica del fin del último siglo, en las vísperas del tercer milenio⁵²⁷. El caos como un tipo de orden diferente al orden lineal⁵²⁸. En este supuesto la metáfora no operaría como un mero adorno expositivo, que en más de una circunstancia llega a velar el pensamiento, sino que su empleo se hace necesario y tiene su razón de ser por tratarse de una situación en la que en principio se descarta la posibilidad de la precisión⁵²⁹.

III. 2. Es en este contexto en profunda transformación que parece levantarse sobre el territorio de la novedad, en medio del maremagnum de una información, siempre creciente, que nos desborda, por abrumadora en volumen y en variedad —que ha permitido al sociólogo Manuel Castells, uno de los pensadores de referencia de las mutaciones acaecidas en los códigos sociales de las sociedades de este inicio de siglo, y en quien encaja plenamente el título que atribuye Robert Spaemann a los filósofos como «especialistas de la gestión de la crisis»⁵³⁰— calificar al siglo XXI como la era de la perplejidad informativa, ya que la avalancha real de información y la consideración meramente mental del océano insondable de información potencial que se puede generar, suma en la perplejidad a cualquiera⁵³¹, y explica, en parte, que el gusto y el saber de la mayoría de nues-

⁵²⁷ NANDITA BAGEHI, «Metaphors and Morality», en *Indian Philosophical Quarterly*, vol. XXIX, núms. 2-3, 2002, págs. 229-235; MAX BLACK, *Modelos y metáforas*, trad. cast., Ed. Tecnos, Madrid, 1986; DONALD DAVIDSON (n. 1917), «White Metaphoric Mean» (1978), recogida en S. DAVIS, *Pragmatics A Reader*, Oxford University Press, Oxford, 1991; H. J. N. HORSBURGH, «Philosopher Against Metaphor», en *The Philosophical Quarterly* (St. Andrews), vol. VIII, núm. 32, julio de 1958, págs. 231-245; PAUL RICOEUR, *La metáfora viva*, trad. cast. de Agustín Neira del original *La métaphore vive* (Editions du Seuil, París, 1975), Ed. Europa, 1980; J. SEARLE, *Metaphors* (1982), en S. DAVIS, *ob. cit.*, ed. cit.

⁵²⁸ ROBERT SPAEMANN, «Die Herausforderung des ärztlichen Berufsethos durch die medizinische Wissenschaft», en *Medizinische Klinik*, vol. LXXXVI, 1991, págs. 598-600 (ampliada al publicarse como capítulo XVII de ID., *Grenzen zum ethischen Dimension des Handelns*, J. G. Cotta'sche Buchhandlung Nachfolger GMBH, Stuttgart, 2001).

⁵²⁹ GUIDO STEIN, «Anatomía de la sociedad del acceso. Ensayo sobre cultura y mercado», en *Cuenta y Razón del Pensamiento Actual* (Fundes, Madrid), núm. CXX, junio-julio 2001, págs. 6-20, la cita en pág. 7.

⁵³⁰ MANUEL MARTÍN SERRANO, «Cultura en periodismo escrito y su relación con los demás medios», en MANUEL MARTÍN SERRANO, JUAN-RAMÓN MASOLIVER, RAFAEL CONTE OROZ et alii, *Cultura en periodismo*, Fundación Juan March, Serie Universitaria, vol. LXVIII, Madrid, 1979, págs. 5-16, la cita en pág. 10.

⁵³¹ HANS BLUMENBERG (1920-1996), *Trabajo sobre el mito* (1979), trad. cast. de Pedro Madrigal, del original *Arbeit von Mito* (Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1979), Editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 2003; J. L. KROENER, «Ideas about the Thing, not the Thing Itself: Hans Blumenberg's Style», en *History of the Human Sciences*, vol. VI, 1993, págs. 1-10; FRANCO RELLA (n. 1944), *Metamorfosis. Imágenes del pensamiento*, trad. cast.

tros contemporáneos esté construido como un mosaico de piezas sin ningún esquema jerárquico⁵³², donde las respuestas o las réplicas a los cambios y desafíos económicos, sociales y medioambientales de todo tipo, precisan acomodarse al impresionante calado y a la excepcional magnitud de éstos, y requieren la puesta en marcha de renovados procesos de ajuste y modificaciones normativas, lo que determina que no resulte fácil ofrecer una comprensión global de lo que sucede, que apacigüe o palíe la desazón, la angustia y el espanto ante «la prepotencia absoluta de la realidad», el horror hacia lo desconocido⁵³³, hacia lo real en estado puro, y no nos permite dominar, ni siquiera de una forma parcial e imperfecta, lo desconocido sin nombre, o el miedo frente a lo materialmente inmenso⁵³⁴.

De aquí que frente a una evolución, como la que se encuentra en curso, en apariencia absolutamente carente de orden, o al menos sin paradigmas contundentes ni designaciones que cubran las nuevas realidades, y en busca de sentido se hayan puesto de moda en el imaginario estructural la adopción de actitudes recelosas hacia los modelos globales, el abandono

de Joaquín Jordá, del original *Metamorfosis. Immagini dei pensiero* (Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano, 1984), Colección «Espasa-Mañana-Ensayo», Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1989, págs. 14-15; LESZEK KOLAKOWSKI, *Die Gegenwartigkeit des Mythos*, München-Zürich, 1976; ID., *La legibilidad del mundo*, trad. de Pedro Madrigal, Editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 2000; ELIAS JOSÉ PALTÍ, «In Memoriam: Hans Blumenberg (1920-1996), An Unended Quest», en *Journal of the History of the Ideas* (The Johns Hopkins University, Baltimore, vol. 58, núm. 3, julio de 1997, págs. 503-524; ROBERT PIPPIN, «Modern Mythic Meaning: Blumenberg contra Nietzsche», en *History of the Human Science* (Sage Publications Ltd., Thousand Oaks-California-London), vol. VI, 1993, págs. 42 y sigs.; FRANZ JOSEF WETZ (n. 1958), *Hans Blumenberg: la modernidad y sus metáforas*, trad. castellana de Manuel Canet del original *Hans Blumenberg zur Einführung* (Junius Verlag, Hamburg, 1993), Edicions Alfons el Magnànim-Generalitat Valenciana, Valencia, 1996, págs. 71-95 («Trabajo sobre el mito»).

⁵³² KEN HIRSCHAKP, «Fear and democracy: an essay on Bakhtin's theory of carnival», en *Association*, vol. I, 1997, págs. 209-234.

⁵³³ HARRY ECKSTEIN, «A Culturalist Theory of Political Change», en *American Political Science Review*, vol. LXXXII, septiembre de 1988, págs. 798-804; ID., *Division and Cohesion in Democracy: a study of Norway*, segunda edición, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1971; ID., «The evaluation of political performance, problems and dimensions», *Sage professional papers in comparative politics*, Sage Publication, London, 1971; ID., *Regarding politics: Essays on political theory, stability and change*, University of California Press, Los Angeles (California), 1992; ID. et alii, *Political science an area studies: Rivals or Partner?*, ed. de Lucian W. Pye (n. 1921), Indiana University Press, Bloomington (Indiana), 1975; ID., HARRY ECKSTEIN y DAVID E. APTER, *Comparative politics: A Reader*, Free Press, New York, 1963; ID. (editor), *Internal war: problems and approaches*, Free Press-Collier Macmillan, New York-London, 1964.

⁵³⁴ LUIS DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Cambio social y evolución jurídica* (1973), Capítulo XVII de ID., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Editorial Ariel, Espluges de Llobregat (Barcelona), 1973, págs. 300-321, la cita en pág. 300 (artículo publicado inicialmente en la *Revista de Occidente* de la Fundación «José Ortega y Gasset» de Madrid).

de toda voluntad de elevarse por encima «de lo que pasa», las grandes metanarrativas, las grandes teorías o los grandes relatos, y se haya impuesto un generalizado abandonarse o remitirse al juego de la invocación a unas indeterminadas y siempre por fijar fuerzas múltiples⁵³⁵ y dispersas, como una muestra de renuncia a la voluntad de sistema.

En cualquier caso, habría que traer aquí la acertada máxima, atribuida a Jorge Luis Borges (1899-1986), que pone de manifiesto la contundente ruptura generacional y la singularidad histórica que experimenta cada generación, indistintamente del tiempo en que ello acontece: «Nos ha tocado vivir tiempos especialmente difíciles... como al resto de las generaciones».

Pese a que otras muchas épocas anteriores hayan vivido probablemente bajo la misma sensación de que el mundo se iniciaba de nuevo, o que tenía que comenzar de nuevo, lo que al parecer presenta de inédito «el cambio vital que nuestro tiempo presencia, es quizás su progresiva aceleración, que lo hace aparecer como fenómeno de creciente agudización»⁵³⁶.

Entre otras cosas porque la importante transformación en curso, se ve a su vez enormemente potenciada en la transmodernidad por el vigoroso surgimiento y desarrollo de nuevos enfoques y estrategias específicamente jurídicos.

Enfoques y estrategias que reflejan la dialéctica entre el ámbito de lo jurídico y el ámbito de lo social⁵³⁷, el distanciamiento cada vez más palpable entre la existencia jurídica normativa y la realidad política y social⁵³⁸, así como la interacción existente entre la normatividad jurídica (con su singularidad y tipicidad dentro del variado conjunto de las pautas sociales de conducta) y las transformaciones que se producen en el seno de la socie-

⁵³⁵ JEAN CHEVALLIER, «L'ordre juridique», en JEAN CHEVALLIER, D. LOSCHAK *et alii*, *Le droit en procès*, Presses Universitaires de France, Paris, 1983, págs. 20-30.

⁵³⁶ PEDRO DE VEGA GARCÍA, «La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)», en el volumen colectivo coordinado por Miguel Carbonell, *Derechos fundamentales y Estado*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, págs. 687-708, la cita en pág. 688.

⁵³⁷ ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Critique de la raison juridique. I. Où va la sociologie du droit?*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1981, pág. 369; LAWRENCE M. FRIEDMAN, *The legal system. A Social Science Perspective*, R. Sage Foundation, New York, 1977, págs. 15-16 (trad. it. con «Introduzione» a cargo de Giovanni Tarello, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Società Editrice il Mulino, Bologna, 1978); CARLOS PÉREZ RUIZ, *La construcción social del Derecho*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1987.

⁵³⁸ JEAN CHEVALLIER, *L'ordre juridique*, ob. cit., ed. cit., págs. 21 y sigs.; I. ZEITLIN, «Max Weber's Sociology of Law», en la obra colectiva editada por P. Hamilton *Max Weber: Critical Assessments*, Routledge, London-New York, 1991, vol. III, págs. 300-325.

dad que presiona sobre el Derecho (bien cierto es que casi siempre a través del filtro atenuador-amortiguador de la cultura jurídica⁵³⁹, que las transcribe a su propio orden, con su correspondiente lógica racional legal y sus características liturgias y tics más propias⁵⁴⁰). Cuando, además, todo parece confirmar que su ritmo se hace progresivamente más vivo en los últimos tiempos, propiciando a su vez el consiguiente efecto acelerador de los cambios jurídicos⁵⁴¹, de sus mecanismos de ajuste y reglas de cambio autorregulado que favorecen la adaptación no interrumpida (si bien no siempre lo rápida que se requeriría) del sistema jurídico a las nuevas condiciones de la realidad emergente⁵⁴².

En un contexto en el que, además, bien podría afirmarse que todos los rasgos más sobresalientes de «la gran transformación» del proceso social

⁵³⁹ LAWRENCE M. FRIEDMAN y STEWART MACAULAY, *Law and the Behaviourist Sciences*, The Bobbs Merrill Co. New York, 1969; LAWRENCE M. FRIEDMAN, *The Legal System. A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York, 1975; ID., *Il sistema nella prospettiva delle scienze sociali*, trad. cast. de Giovanni Tarello (1934-1987), Società Editrice il Mulino, Bologna, 1978; WOLFGANG FRIEDMANN, *Law in a Changing Society*, Stevens and Sons Limited, London, 1959, pág. 7 (trad. cast. de Florentino M. Torner, *El Derecho en una sociedad en transformación*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1966; TALCOTT PARSONS (1902-1979), «The Law and Social Control», en W. M. EVAN (editore), *Law and Sociology: Exploratory Essays*, The Free Press, Glencoe (Illinois) 1962, págs. 56-72; ID., «Evolutionary Universals in Society», en *American Sociological Review*, vol. XXIX, 1964, págs. 339-357; ID., *The evolution of societies*, edición e «Introduction» de Jackson Toby «Foundations of Modern Sociology Series», Prentice-Hall (New Jersey), 1977; ID., *El sistema social*, trad. cast., de José Jiménez Blanco y José Cazorla Pérez, Biblioteca de Política y Sociología, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1966 (hay reedición en Alianza Universidad, Alianza Editorial, Madrid, segunda reimpresión, 1988); UBERTO SCARPELLI, «Lawrence M. Friedman ed il sistema giuridico», en *Sociologia del diritto* (Franco Angeli, Milano), vol. II, 1976, fasc. 2; STUART A. SCHEINGOLD, «Taking Weber Seriously: Lawyers, Politics and the Liberal States», en *Law and Social Inquiry*, vol. XXIV, 4, 1999, págs. 1061-1081; RAMÓN SORIANO, *Sociología del Derecho*, Editorial Ariel, SA, Barcelona, 1997, págs. 309-315.

⁵⁴⁰ JERZY WRÓBLEWSKI, «Change of law and social change», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (A. Dott Giuffrè Editore, Milano), vol. LX, 1983, págs. 293 y sigs.; ID., «Dilemmas of the normativist concept of legal system», en *Rechtstheorie* (Duncker und Humblot, Berlin), vol. V, 1984, págs. 319 y sigs.; ID., «Law as an instrument of social homeostasis», en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* (Franz Steiner Verlag, Wiesbaden), 1981, págs. 1 y sigs.; ID., *Sentido y hecho en el derecho*, trad. cast. de Francisco-Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverria, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.

⁵⁴¹ HOLCOMB B. NOBLE, «Introducción» al volumen colectivo *Next. La nueva era de la ciencia*, trad. cast. de Celia-María Filippetto del original *Next. The Coming Era in Science* (New York Times Syndication Sales Corporation, 1986), Ediciones Versal, Barcelona, 1986, págs. 9-13.

⁵⁴² MIGUEL A. RAMIRO AVILÉS, *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*, Marcial Pons, SA, Madrid, 2002, págs. 147-432; MIRIAM ELIAV-FELDON (n. 1946), *Realistic Utopias: The Ideal Imaginary Societies of the Renaissance 1516-1630*, Oxford historical monographs, Clarendon Press, Oxford, 1982, pág. 107.

en curso, parecen confirmar que el Derecho, en contra de lo que periódicamente nos vienen anunciando los agoreros constructores de proyecciones, que desde la utopía o desde el ancho reino de la fantasmagoría⁵⁴³, la invocación de una supuesta ley científica confirmatoria⁵⁴⁴, certifican, predicen o auspician, ya sea su desaparición, ya sea su reducción⁵⁴⁵ paulatinamente de continuar configurando, como entiendo que resulta inevitable, un dominio autónomo de producción simbólica, desmintiendo de este modo los obituarios o las necrológicas apresuradas que del orden jurídico viene redactándose desde hace siglos. El Derecho ha continuado siendo un elemento imprescindible⁵⁴⁶, y se ha convertido en un fenómeno cada vez más omnipresente en nuestras comunidades, cuya vida atraviesa, pudiendo concluirse que estamos asistiendo a una esfera de dilatación de la esfera de influencia social del Derecho y a una fuerte interacción de las instituciones jurídicas con la política y la economía.

El Derecho sigue siendo así un elemento y un fenómeno que impregna, y es fácil percibirlo, todas las esferas de la vida social, cuya presencia y significación se siente en la totalidad de los ámbitos de relación⁵⁴⁷, con una no refrenada tendencia al crecimiento de la normatividad jurídica, y a la constante emergencia de nuevas ramas y especializaciones del Derecho. Circunstancias todas ellas que contribuyen, cada una en su medida correspondiente, a atribuir a nuestras sociedades del presente el carácter acusadamente jurídico que manifiestan en la experiencia⁵⁴⁸ y que ratifican el sostenido valor-verdad de que se encuentra dotada la afirmación del historiador, romanista y sociólogo del derecho francés Henri Lévy-Bruhl en la «Escritura y el Derecho» (1960): Si hay una máxima cuya exactitud no

⁵⁴³ KARL J. HOSTLI, «The Horsemen of the Apocalypse: At the Gate, Dtoured, or Rertaining», en *International Studies Quarterly*, vol. XXX, núm. 4, 1986, págs. 356 y sigs.

⁵⁴⁴ JAIME BRUFAU PRATS, «Normatividad jurídica y cambio social», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 158, marzo-abril de 1968, pág. 101.

⁵⁴⁵ S. VAGO, *Law and Society*, Prentice may, Englewood Cliffs, 1981, pág. 1.

⁵⁴⁶ GEORGES VEDEL, «Indéfinissable mais présent», en *Définir le droit*, tomo II, de la revista *Droits* (Presses Universitaires de France, Paris), vol. XI, 1990, págs. 67 y sigs.

⁵⁴⁷ HENRI LÉVY-BRUHL, *La escritura y el Derecho*, en el volumen colectivo dirigido por MARCEL COHEN y JEAN SAINTE FARE GARNOT, *La escritura y la psicología de los pueblos*, Centro Internacional de Síntesis, trad. cast. de Juan Almela, del original en lengua francesa *L'écriture y la Psychologie des peuples* (Librairie Armand Colin Paris, 1963), Siglo XXI Editores, México, 3.ª edición, 1992, págs. 329-338, la cita en pág. 329 (el volumen recoge las 18 ponencias y las intervenciones y debates que siguieron a su presentación en la XII Semana de Síntesis que se desarrolló entre el 3 y el 12 de mayo de 1960).

⁵⁴⁸ JÜRGEN HABERMAS, *Teoría de la razón comunicativa*, vol. II: «Crítica de la razón funcionalista», trad. cast. de Manuel Jiménez Redondo, Ediciones Taurus, Madrid, 1987, pág. 504 (hay ed. posterior, 1998).

puede ser puesta en duda es la expresada por estas cuatro palabras latinas: «Ubi Societas, Ibi Ius». Es tanto más inatacable cuanto que es una especie de tautología. «La Sociedad es por definición un grupo organizado y quien dice organización esta diciendo Derecho»⁵⁴⁹.

Las sociedades postindustriales conocen, junto a esta progresiva juridización de las relaciones sociales —que determinan que el orden jurídico alcance a sectores que hace bien poco estaban fuera del alcance de la regulación jurídica—, con la extensión del Derecho, su adensamiento o fragmentación, esto es, la desmenuzación progresiva de la materia jurídica global en variadas materias jurídicas particulares y especializadas⁵⁵⁰, que no sería sino una de las más aparatosas consecuencias de la instrumentalización del Derecho por intereses políticos y económicos, y que divide el Derecho en esferas o dominios jurídicos separados⁵⁵¹.

Sociedades postindustriales que están viendo emerger una desmesurada fragmentación y división de todas, o al menos de una parte altamente significativa, de las instancias de la vida social en corporaciones, grupos de intereses y agregados particulares, que son portadores de intereses, pretensiones y expectativas propias, que en parte esperan puedan verse satisfechas a través de la tutela del derecho⁵⁵².

Sea como fuere, resulta forzoso tener presente que en puridad no existe equivalencia entre la ocurrencia de una revolución política y la generación de cambios jurídicos, como lo demuestra el hecho de que experimentamos cotidianamente diversos cambios jurídicos, y éstos no van acompañados necesariamente de revoluciones políticas simultáneas a aquéllos, como no podía ser de otro modo, ya que, si las revoluciones lle-

⁵⁴⁹ JUSTUS WILHELM HEDEMANN, «El Derecho Económico», en *Revista de Derecho Privado* (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid), Año XXVIII, núm. 314, mayo de 1945, págs. 278-292, la cita en pág. 278, trad. cast. de Antonio Polo (el artículo del profesor J. W. Hedemann, que por aquel entonces cuidaba la reedición del Código del Pueblo Alemán, va precedida de una «Nota» del mercantilista ANTONIO POLO, *El Profesor J. W. Hedemann*, págs. 273-277).

⁵⁵⁰ SALVADOR GINER y MIGUEL PÉREZ YRUELA, *La sociedad corporativa*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1979.

⁵⁵¹ ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Revolución y cambio jurídico* (1989), trad. cast. a cargo de Francisco-Javier Caballero Harriet, en *El derecho sin máscara...*, ob. cit., ed. cit., trad. cit., págs. 85-101, la cita en pág. 89; ID., «Droit et Société: un carrefour interdisciplinaire», en *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* (Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles), vol. XXI, 1988, págs. 28 y sigs.

⁵⁵² MICHEL VAN DE KERCHOVE y FRANÇOIS OST, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, trad. cast. del original *Le système juridique entre ordre et désordre* (Presses Universitaires de France, Paris, 1988) a cargo de Isabel Hoyo Sierra, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, pág. 151; NORBERT ROULAND, *Aux confins du droit*, Odile Jacob, Mayenne, 1993.

garan a ser tan cotidianas como los cambios jurídicos, no podrían considerárselas, por definición, auténticas revoluciones⁵⁵³.

De la misma forma que el cambio jurídico y el cambio social nunca son forzosamente concomitantes, ya que entre el orden social y el orden jurídico no se puede constatar la existencia de relaciones de causalidad directa. Es más, los ritmos de evolución de uno y otro sistema normativo son, al menos parcialmente, autónomos⁵⁵⁴. En todo caso, tanto en los cambios jurídicos, como en los cambios sociales, interactúan factores de muy diversa condición y naturaleza⁵⁵⁵ (de orden físico, ético, religioso, tecnológico, económico, social, psicológico, lúdico...), ninguno de los cuales puede reclamar para sí la exclusividad del protagonismo en toda circunstancia, ninguno de los cuales necesariamente, y en todas las situaciones, tiene una posición subalterna.

Los factores que concurren a la formación del Derecho son infinitamente numerosos, y no es fácil determinar cuáles juegan un papel esencial en un momento determinado del proceso y cuáles desarrollan un papel accidental o subalterno en el mismo. El Derecho nace y se transforma bajo factores e influencias de carácter físico y biológico, económicos, políticos, psicológicos y hasta jurídicos (que por cierto no son los menos relevantes). La coexistencia de todas estas fuerzas prueba que ninguna de ellas de forma aislada puede trazar por sí sola la historia, asumir el carácter permanente y determinante que permita darle el título de ley⁵⁵⁶.

III.3. A este conjunto de condiciones que presenta el Derecho, habrá que sumarle la generalizada, amén de difícilmente contenible, tendencia a favor de la especialización que alcanza al conjunto de las ciencias y de las

⁵⁵³ MICHAEL BURRAGE, «Escaping the Dead Hard of Rational Choice: Karpik's Historical Sociology of French Advocats», en *Law and Social Inquiry*, vol. XXIV, 4, 1999, págs. 1083-1924.

⁵⁵⁴ PEDRO DE TOURTOULON, *Los principios filosóficos de la historia del derecho*, Imprenta de Inocente Calleja, Madrid, 1909, Tomo Primero, Primera Parte: «Las transformaciones del Derecho», Libro I: «El finalismo en la historia del Derecho», págs. 15-62, la cita en pág. 18.

⁵⁵⁵ MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, *El sentido del derecho*, Colección «Ariel Derecho», Editorial Ariel, Barcelona, 2001, pág. 162; SEE PUE, «Becoming Ethical: Lawyers Professional Ethics in Early Twentieth Century Canada», en *Manitoba Law Journal*, vol. XX, 1991, págs. 227-261.

⁵⁵⁶ MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, «Prefacio» a BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, trad. cast. de Consuelo Bernal y Mauricio García Villegas, Biblioteca Universitaria-Ciencias Sociales y Humanidades, Col. «Nuevo Pensamiento Jurídico», Ediciones U..., Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho-Siglo del Hombre Editorial, Santafé de Bogotá (Colombia), 1998, págs. 7-14, la cita en pág. 7.

diversas modalidades de conocimiento a partir de la Modernidad, y cuya impronta se advierte tanto en la organización de las profesiones jurídicas, como en la aparición de nuevas jurisdicciones: contencioso-administrativo, menores, familia, mercantil, laboral⁵⁵⁷, y hasta en la especialización de jueces y magistrados, reconocida mediante convocatorias y concursos *ad hoc*.

Especialización que en el ámbito del estudio del Derecho toma cuerpo en el proceso en marcha de un avance incontenible hacia una especialización en crecimiento imparable, radicada en el conocimiento de lo minúsculo que sobreestima el valor de lo específico en detrimento del conocimiento de las interdependencias y de las relaciones entre objetos de estudio o disciplinas diferentes⁵⁵⁸, disociando a veces lo que en puridad no debiera ser disociado. Especialización que se materializa en la extendida práctica propicia a establecer compartimentaciones y fragmentaciones disciplinarias⁵⁵⁹ que se aprecia en la mayor parte de los ámbitos de la Academia en las sociedades nortatlánticas, aislando el saber en sectores heterogéneos e irreductibles⁵⁶⁰, y presentando todo tipo de impedimentos y obstáculos al desarrollo del permanente relacional.

Especialización que en el campo más propio de la práctica jurídica, se proyecta e informa, tanto sobre las profesiones jurídicas, como sobre las distintas modalidades de la propia reflexión acerca del fenómeno jurídico, cada una constitutiva de un campo disciplinario propio, como el correspondiente «colegio invisible» de los practicantes del saber respectivo (dotado, como corresponde, de un conjunto de reglas operativas, normas de conducta, códigos y nomenclaturas inteligibles tan sólo para quienes participen de esta empresa colectiva⁵⁶¹, con su objeto normativo propio, o su

⁵⁵⁷ NATHALIE HEINICH (n. 1955), *Norbert Elias. Historia y cultura en Occidente*, trad. cast. de Rogelio Paredes del original en lengua francesa, *La sociologie de Norbert Elias* (Editions La Découverte et Syros, Paris, 1997), Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, abril de 1999: «Contra los recortes disciplinarios», págs. 129-130; NIROS MOUZALIS, «On Figurational Sociology», en *Theory, Culture and Society* [Sage Publications, London-Thousand Oaks (California), vol. X, 1993].

⁵⁵⁸ JEAN-PIERRE CHANGEAUX, «El paso a la norma», en JEAN-PIERRE CHANGEAUX y PAUL RICOEUR, *La naturaleza y la norma. Lo que nos hace pensar*, ob. cit., trad. cit., ed. cit., págs. 241-256, la cita en pág. 244.

⁵⁵⁹ ENRIQUE MORADIELLOS (n. 1961), *El oficio del historiador*, Siglo XXI Editores, Madrid, tercera edición corregida, noviembre de 1999, pág. 3.

⁵⁶⁰ GUSTAVO BUENO, *Idea de Ciencia desde la teoría del cierre categorial*, Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, Santander, 1976; ID., *La teoría del cierre categorial*, Pentalfa Editores, Oviedo, 1992, vol. I.

⁵⁶¹ JEROME BRUNER, «Prefacio» a ID., *Actos de significado. Más allá de la revolución cognitiva*, trad. cast. de Juan-Carlos Gómez Crespo y José-Luis Lizana, del original *Actos of Meaning* (Harvard University Press, Cambridge-Mass., 1990), Alianza Editorial, Colección

objeto formal diferente, con la metodología específica como título de soberanía y distinción y las sintonías propias (conceptos, proposiciones y teoremas referidos al campo de estudio que se reclama diferente y autónomo)⁵⁶².

Demasiado a menudo, las partes —cada una con su propia identidad organizativa, con su propio espíritu teórico, sus propias publicaciones...— se encierran en la particular retórica de su discurso y se aíslan en su parroquia de autoridades⁵⁶³.

Situación que ha determinado que las distintas áreas de conocimiento jurídico, al igual que sucediera tras la codificación y el constitucionalismo, con las nuevas disciplinas jurídicas emergentes que llevaron a cabo el arduo proceso de constitución de las diferentes disciplinas jurídicas particulares⁵⁶⁴, y que para ello procedieron a realizar las correspondientes *actiones finium regundorum*, estén volviendo ahora a delimitar los lindes de los nuevos ámbitos del derecho, que se entiende requieren la constitución de disciplinas autónomas disociadas. Ramas del Derecho que se comportan unas frente a otras como si se tratase de disciplinas pertenecientes a mundos distintos, estancos e incommensurables, por carecer de una métrica común que permita medirlas y, compararlas en su caso dado mediante una operación específica⁵⁶⁵.

Nuevas disciplinas que desarrollan su actividad y su discurso, en la mayor parte de los casos, dentro de los estrictos y angostos límites de su campo propio, ofreciendo y representado por ello a veces una visión uni-

«Alianza. Psicología Minor», Madrid, 1991, págs. 11-14, la cita en pág. 11; KARIN D. KNORR-CETINA, *The manufacture of Knowledge: an essay on the constructivist and contextual nature of science*, con «Preface» de Rom Harré, Pergamon, Oxford, 1981.

⁵⁶² MANUEL NÚÑEZ ENCABO, «Las disciplinas jurídicas y su relación con las ramas del Derecho», en ID., *Introducción al estudio del Derecho*, vol. I: «El Derecho, ciencia y realidad social», Editorial Alambra, SA, Madrid, 1979, págs. 217-220.

⁵⁶³ MICHEL ALLIOT, «Anthropologie et juridique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit», en *Bulletin de Liaison du Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris*, núm. VI, 1983, págs. 83-117; ZYGMUNT BAUMAN, *Legislators and Interpreters. On Modernity, Post-Modernity and Intellectuals*, Polity Press, 1987; R. CHANG, *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London, 1997; J. W. HAMILTON, «Metaphors of Lawyers' Professionalism», en *Alta Law Review*, vol. XXXIII, 1995, págs. 838-858.

⁵⁶⁴ ANTONIO RODRÍGUEZ HUÉSCAR (1912-1990), *Semblanza de Ortega*, Ed. Anthropos, Editorial del Hombre, Barcelona, 1994.

⁵⁶⁵ STANISLAW EHRLICH (n. 1907), «Rechtspositivismus, Rechtssoziologie und Politische Wissenschaften», en *Der Staat* (Berlin), tomo V, cuaderno IV, 1966, págs. 407-422; STANISLAW EHRLICH y GRAHAM WOOTTON (editores), *Three faces of pluralism: political, ethnic and religious*, International Political Science Association, Gower, Farnborough, 1980; JOSÉ ITURMENDI MORALES, «Prólogo» en MICHEL VAN DE KERCHOVE y FRANÇOIS OST, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, trad. cast. de Isabel Hoyo Sierra, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1988, págs. 11-32, la cita en pág. 14-15.

lateral y fragmentaria de la experiencia jurídica, con lo que se desconocen u ocultan algunos de los más auténticos rasgos del Derecho, y muy especialmente todos aquellos elementos del mismo que no son contingentes.

Especialismo y subespecialismo encarnado en la figura del experto, que es el hombre identificado con —y consagrado a— su limitación⁵⁶⁶. Limitación pues, a la vez asumida y sacralizada. Circunstancia ésta que condena, tanto a las disciplinas jurídicas especializadas como a sus estudiosos, a mantener un indeseable, pero muy extendido, aislamiento mutuo, así como al estancamiento⁵⁶⁷ característico de todos aquellos que incurren, sin superarlo, en el «déficit de la distancia»⁵⁶⁸, y no son capaces de objetivos, como aconseja Pierre Bourdieu, el sujeto de la objetivación⁵⁶⁹ y por ello desconocen, o pretenden hacerlo, que toda investigación especializada sólo tiene valor en el contexto de la totalidad íntegra del saber, y este a su vez debe ser entendido en un contexto humano total, que incluye experiencias religiosas, éticas y artísticas⁵⁷⁰.

Este nuevo escenario aboca a los distintos especialistas, so pretexto de que priman el tratamiento en concreto de un ámbito específico de la experiencia jurídica, a tener que vivir y situarse de espaldas a la realidad de un «Derecho del Derecho»⁵⁷¹, conociendo (en el mejor de los casos) muy bien su porción del Universo⁵⁷², al tiempo que los hace ignorantes de la inmensa e insondable complejidad⁵⁷³ del Derecho y de la enorme dificultad que encierra cualquier aproximación intelectual rigurosa a éste, que trate de no simplificar o de esquivar su reconocida condición polimorfa, o que no renuncie a percibir, siquiera sea de manera aproximativa, las notas comunes a tan variado conjunto.

⁵⁶⁶ JEAN-PASCAL CHAZAL, «Antigone, Busiris et Portia. Trois images spéculaires de la doctrine», en *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques* (Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles), núm. 48, 2002, págs. 1-66, la cita en pág. 2.

⁵⁶⁷ PIERRE BOURDIEU, *Méditations pascaliennes*, Ed. Seuil, Paris, 1997, pág. 21.

⁵⁶⁸ ERWIN SCHRÖDINGER (1887-1961), *Science and Humanism*, Cambridge, 1951, págs. 6 y sigs.; vid. W. T. SCOTT, *Erwin Schrödinger. An Introduction to his Writings*, 1967; D. HOFFMANN, *Erwin Schrödinger, Life and thought*, 1989.

⁵⁶⁹ KURT GEORG KIESINGER, «Die Verantwortung des Juristen in unsere Zeit», en *Universitas* (Stuttgart), núm. X, octubre de 1966, págs. 1009-1018.

⁵⁷⁰ LUIS DIEZ DEL CORRAL, «Ortega ante el Estado», en ID., *De Historia y Política*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, págs. 33-64, la cita en pág. 36.

⁵⁷¹ G. COWAN D. PINES y D. MELTZER,

⁵⁷² SIMONE GOYARD-FABRE y RENÉ SÈVE, «La complexité de l'univers juridique», en ID. (editores), *Les grandes questions de la philosophie du droit*, Col. «Questions Presses Universitaires de France», Presses Universitaires de France, Paris, marzo, 1986, págs. 7-9.

⁵⁷³ ANDRÉ-JEAN ARNAUD, «De la régulation per le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques», en *Droit et Société: Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique* (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris), núm. 35, 1997, págs. 11-35, la cita en pág. 12.

No en vano el Derecho no se deja aprehender de manera plena, y sólo se nos muestra de un modo fragmentario cuando para su conocimiento nos servimos de un registro monista, que como tal no aloja la inmensa variedad de la que se encuentra dotado, dada su naturaleza irremediablemente plural e híbrida⁵⁷⁴ y la no menor complejidad de las relaciones sociales de cuya regulación se ocupa⁵⁷⁵.

Tal y como sostuviera el Director del «Centro de Estudios Transdisciplinares de Sociología, Antropología y Política» (CETSAP) de la «Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales» de París, Edgar Morin (n. 1921), en su alegato —exigencia a favor de superar el paradigma cartesiano, al que se presenta en una visión en parte caricaturesca, como el paradigma de simplificación⁵⁷⁶ por antonomasia, que habría dominado en Occidente desde el siglo XVIII, y que aún sigue vigente, a pesar de haber hecho aguas. Paradigma cartesiano que ofrece un modelo reduccionista— simplificante de una racionalidad cerrada, no podemos, no debemos, renunciar al conocimiento de la complejidad, la complejidad surge allí donde se pierde la distinción de los límites, donde el desorden, el azar y la incertidumbre irrumpen en los fenómenos, donde el sujeto-observador y el sujeto obser-

⁵⁷⁴ S. AIDA, P. M. ALLEN y H. ATLAN *et alii*, *Science et pratique de la complexité*, Ola Documentation Française, París, 1986; J. HORGAN, «From Complexity to Perplexity», en *Scientific American*, vol. 272, núm. 6, 1995, págs. 74-79; NIKLAS LUHMANN (n. 1927), *Sistemas sociales*, trad. cast., Alianza Editorial-Universal Iberoamericana, México, 1991; EDGAR MORIN (n. 1921), *Les défis de la complexité*, en «Le défi du XXI^e siècle. Relier les connaissances. Paris du 16 au 24 mars 1998. Journées thématiques conçues et animées par Edgar Morin, Editions du Seuil, París, 1999, págs. 451 y sigs.; ID., «Epistémologie de la complexité», en *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1984, 1, págs. 47 y sigs.; A. PÉREZ AGOTA e I. SÁNCHEZ DE LA YNCERA (compiladores), *Complejidad y teoría social*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1996.

⁵⁷⁵ LEOPOLD VON WIESSE, *Herbert Spencers. Einführung in die Soziologie*, Westdeutscher Verlag, Köln-Opladen, 1960.

⁵⁷⁶ PAUL CILLIERS, «De Villiers, Tanya and Roodt, Vasti. The Formation of the Self. Nietzsche and Complexity», en *South African Journal of Philosophy* («Foundation for Education, Science and Technology», Pretoria-South Africa), vol. 21, 1, 2002, págs. 1-17; NICHOLAS RESCHER, *Forbidden Knowledge and other essays on the philosophy of cognition*, D. Reidel Publishing, Col. «Episteme», Dordrecht, 1987; ID., *Los límites de la ciencia*, trad. cast. de Leonardo Rodríguez Duplá, Editorial Tecnos, Madrid, 1994; ID., *The limits of science*, *Pittsburg series in philosophy and history of science*, University of California Press, Berkeley (California), 1984; ID., *Plausible reasoning: an introduction to the Theory and practice of plausibilistic inference*, Van Gorcum, Amsterdam, 1976; ID., *La racionalidad: una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón*, trad. cast. de Susana Nuccetelli, Col. «Filosofía y Ensayo», Editorial Tecnos, Madrid, 1993; ID., *Nature and Understanding: the Metaphysics and Method of Science*, Clarendon Press, Oxford, 2000; ID., *Process Philosophy: A Survey of Basic Issues*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 2000; ID., «Principia Philosophice: On the Nature of Philosophical Principles», en *The Review of Metaphysics* (Catholic University of America, Washington), 56, 1, 2002, págs. 3-17.

vado comienzan a confundirse. La complejidad se encuentra en la base de los objetos reales y de la experiencia misma, y no puede reducirse a principios simples o a partículas elementales, lo que sí puede hacerse en cambio con lo complicado.

La idea de complejidad expresa un concepto que hizo su entrada en el pensamiento sociológico de la mano de Herbert Spencer (1820-1903), uno de los fundadores de la sociología moderna, el más grande filósofo de la era victoriana —en la afirmación de Ludwig Stern— a la vez que el más eminente de los sociólogos ingleses⁵⁷⁷) asociada al evolucionismo y a las teorías sobre la diferenciación social. Mediante la idea de complejidad se hace referencia a la diversidad organizada, característica de las realidades complejas compuestas de numerosos elementos distintos que se relacionan de una forma altamente especializada, y que explica la existencia de dominios en los que los factores son tantos y de tan difícil determinación, que resulta arduo y hasta imposible la exactitud en la descripción o la expresión de sus relaciones en forma cuantitativa.

El conocimiento y el abordaje de la complejidad ha recibido recientemente un nuevo impulso con la emergencia de nuevas disciplinas de muy reciente constitución (la teoría de sistemas —fruto de la confluencia del organismo, la termodinámica, el neoevolucionismo y la cibernética—, la teoría de la información, y más recientemente la teoría de los sistemas complejos que han hecho posible encarar el fenómeno de la complejidad en general, y el de la complejidad social en particular, disponibilidad para ello de un instrumental analítico más potente y adecuado. Conjunto de condiciones que ha situado el fenómeno complejidad en el centro de gravedad de numerosos analistas, y permite superar el reduccionismo típico de la ciencia moderna a la hora de afrontar la complejidad.

Entiendo con Nicholas Rescher y Edgar Morin que bien puede afirmarse del concepto complejidad con carácter general, y acaso con mayor razón cuando se aplica específicamente al Derecho, cada vez que se invoca la complejidad como uno de los datos o notas identificadoras de las propiedades del Derecho, que se recurre a él como una forma de calificar y levantar acta de lo difícil que resulta entender un hecho, o unas instituciones. De tal manera que la complejidad es un expediente al que se recurre con cierta frecuencia, y que en puridad, las más de las veces sólo puede «servir para expresar nuestra incapacidad a la hora de definir algo de manera simple, o de nombrar o de manera clara, o de tratar de poner en orden nuestras ideas⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ THOMAS HOMER-DIXON

⁵⁷⁸ A. BATRAM, *Navegar por la complejidad*, trad. cast., Ed. Granica, Madrid, 2001; W. BRIAN ARTHUR, «On the Evolution of Complexity», en G. COWAN, D. PINES y D. MELTZER (editores), *Complexity: Metaphors, Models and Reality*, Santa Fe Institute Studies in the Science of Complexities, Actas, vol. XIX, Readings (Massachusetts), 1994, págs. 65-78;

Suele imputárselo, y es muy probable que no estén desenfocados quienes lo hacen, al actual desarrollo de las tecnologías,

Todo parece confirmar, una vez más que la diversidad, en un proceso que el economista W. Brian Arthur denomina «crecimiento en diversidad evolutiva», es causa a su vez de una mayor diversidad, y la complejidad engendra de la misma forma un notorio aumento de complejidad⁵⁷⁹.

III.4. Todos los muchos que entendemos plenamente aplicable al Derecho el atributo de ser complejo, participamos de la bien asentada convicción, en cuya virtud la enorme diversidad del universo jurídico hace que el propio Derecho, además de ser un complejísimo y heterogéneo artificio humano (es decir, un hecho o producto cultural, y por ello especial y exclusivo del hombre, dotado de unas enormes cotas de complejidad⁵⁸⁰ — rasgo formal que, lejos de constituir una patología que requiera aplicar el oportuno tratamiento, es más bien expresión de su naturaleza profunda, de su fuerza creadora, vitalidad⁵⁸¹, flexibilidad y plasticidad⁵⁸² — fijado a partir de determinadas experiencias, necesidades y circunstancias históricas)⁵⁸³ valioso en sí y por sí mismo, sea por encima de cualquier otra con-

R. LEWIN, *Complejidad: el caos como generador del orden*, Ed. Tusquets, Barcelona, 1995; NIKLAS LUHMANN, *Complejidad y Modernidad: De la unidad a la diferencia*, Editorial Trotta, Madrid, 1998; EDGAR MORIN, *Ciencia con conciencia*, trad. cast., Ed. Anthropos, Barcelona, 1984; ID., *El método*, trad. cast., cuatro volúmenes, Editorial Cátedra, Barcelona, 1988 y sigs.; ID., *Introducción al pensamiento complejo*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1995.

⁵⁷⁹ GIACOMO DELITALIA, «La crisis del Derecho en la sociedad contemporánea», en el vol. colectivo *La crisis del Derecho*, trad. cast. de Marcelo Cheret, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pág. 163.

⁵⁸⁰ PAUL ORIANNE, *Introduction au système juridique*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles-Louvain-la-Neuve, 1982, págs. 130-134; SURYA PRAKASH SINHA, «Legal Polycentricity», en H. PETERSEN y H. ZAHLE (editors), *Legal Policentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Dartmouth (United Kingdom) 1995, págs. 31-69; GABRIEL TARDE (1843-1904), *Las transformaciones del Derecho*, traducción, «Prólogo» y notas de Adolfo Posada (1850-1944), Colección «Bibliotecas de Jurisprudencia, Filosofía e Historia», La España Moderna, Madrid, sin fecha de edición.

⁵⁸¹ SAMUEL KLINE COHN JR., «La Storia secondo Robert Putnam», en *Polis*, vol. VIII, núm. 2, 1994, págs. 315-324; JAMES S. COLEMAN, *Foundations of Social Theory*, Belknap Press-Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) 1990; ROBERT D. PUTNAM, «Bowling Alone: America's Declining Social Capital», en *Journal of Democracy*, vol. VI, 1, 1995, págs. 65-78.

⁵⁸² LÉON HUSSON (1897-1982), *Les transformations de la responsabilité*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998, pág. 531; ID., «Analyse critique de la méthode de l'exégèse», en *Archives de Philosophie du Droit* (Editions Sirey, Paris), tomo XVII, 1972, págs. 115 y sigs.

⁵⁸³ ELÍAS DÍAZ GARCÍA, «Sentido político del yusnaturalismo», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, núm. 124, julio-agosto de 1962, págs. 65-80, la cita en págs. 65-66.

sideración posible, no una pura técnica⁵⁸⁴, para la organización social es una situación concreta y determinada⁵⁸⁵, sino una realidad cultural dinámica⁵⁸⁶ reguladora del juego social⁵⁸⁷, que exige la puesta en práctica de una adaptación perpetua, como corresponde a lo que es un principio interno constitutivo de todo poder humano⁵⁸⁸.

Siendo como sin duda son, diferentes las sociedades, en función de variadas y cambiantes circunstancias de tiempo y lugar, en virtud de variables parámetros, y en correspondencia a los diversos tipos de culturas, los fenómenos jurídicos en su condición de «hechos culturales» ni tienen, ni responden a idénticos rasgos⁵⁸⁹ en todas las circunstancias, ni en todos los tiempos, ni en todos los lugares. Este conjunto de condiciones que son sistemáticamente (es decir, no casualmente) relevantes, determinan la ardua dificultad que siempre supone tratar de discernir el criterio e identificante último de la juridicidad, o los elementos constitutivos de lo jurídico⁵⁹⁰.

⁵⁸⁴ «El derecho reciente aún no arraigado: esto es el derecho que no ha llegado a los treinta años de vigencia representa más de la mitad del derecho aplicable»; JEAN CARBONNIER, *Flexible droit. Textos pour une sociologie du droit sans rigueur*, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, Paris, sexta edición, 1988 (novena edición 1995, pág. 129); ID., *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del derecho*, Prólogo y trad. cast. de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, Editorial Tecnos, Madrid, 1974; ID., *Sociología jurídica*, trad. cast. de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Editorial Tecnos, Madrid, 1977; ID., *Droit Civil: Introduction* (1988), Col. «Thémis. Droit», Presses Universitaires de France, Paris, 20.ª edición actualizada, 1991; ID., *Derecho Civil*, Tomo I, volumen I: *Disciplina general y derecho de las normas*, trad. cast. con ... de Manuel María Zorrilla Gil, «Prólogo» de Antonio Hernández Gil, Bosch, Barcelona, 1960; RENÉ SAVATIER, «Le Droit et l'accélération de l'histoire en "Daloz"», *Chron* (Editions Sirey), Paris, 1951, págs. 30 y sigs.; ID., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit. Philosophie du Droit* (Editions Sirey, Paris), tomo XVII, 1972, págs. 115 y sigs.

⁵⁸⁵ ETIENNE LE ROY, *Le jeu des lois. Une anthropologie dynamique du Droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Col. «Droit et Société», Série Anthropologique, Paris, 1999, pág. 36.

⁵⁸⁶ BERNHARD WELTE, *Esencia y recto uso del poder*, trad. cast. del Padre Jesús Aguirre, del original en lengua alemana *Über das Wesen und den rechte Gebrauch der Macht* (Verlag Rombach und Co. GmbH, Freiburg in Brsgau, 1960) Taurus Ediciones, Colección «Cuadernos Taurus», Madrid, mayo de 1968, pág. 25.

⁵⁸⁷ SIMONE GOYARD-FABRE y RENÉ SEVE, «La complexité...», art. cit., en el vol. cit., ed. cit., pág. 8.

⁵⁸⁸ EDMOND JORION, *De la Sociologie Juridique: Essai. Études de sociologie juridique*, Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1967, pág. 9; PH. SELZNICK, «The Sociology of Law», en ROBERT KING MERTON (1910-2003, editor), *Sociology Today*, Basic Books, New York, 1959.

⁵⁸⁹ JOSÉ LUIS ESTÉVEZ, *Nueva versión sobre el Derecho*, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, 1977, pág. 34.

⁵⁹⁰ LON L. FULLER (1902-1978), *The morality of law*, Yale University Press, New Haven, 1964, págs. 30 y sigs. y 150-151 (trad. italiana a cargo de A. Dal Brollo, *La moralità del diritto*, Milano, 1986); BRUCE L. BENSON, *Sistemas jurídicos consuetudinarios de adhesión*

El Derecho se rebela así ante cualquier tipo de definición que pretenda trivializarlo o reducirlo a una de sus dimensiones o elementos componentes, por relevante que estos puedan ser. La trivialización o el reduccionismo a la hora de definir el Derecho, lejos de tratarse de una práctica infrecuente, resulta ser lo más común y extendido en nuestra cultura. De ordinario cuando se prima un aspecto del Derecho sobre los restantes se suele reducir el Derecho a la condición de un mero conjunto sistemático de normas coactivas, si bien es notorio que tanto el Derecho, como su estudio, que sin duda tiene que ver con las normas, no se identifican sin más con ellas y consiste y se ocupa tanto en (y de) las normas, como en (y de) los valores y en (y de) las conductas y las relaciones sociales con relevancia jurídica⁵⁹¹, así como en el complejo conjunto de mecanismos o procesos que permiten aplicar, interpretar y hacer efectivas las normas.

Es tal el cúmulo de dificultades que genera la definición del Derecho, que con el transcurso del tiempo no sólo crece la literatura dedicada a ofrecer definiciones de él de naturaleza bien variada y desde orientaciones bien diferentes, sino que aumenta en una proporción igual, o superior aún, la producción bibliográfica sobre esta dificultad definitoria (un meta-discurso sin fin).

Tal dificultad nos hace evocar las palabras de Luis Legaz y Lacambra —acerca de hasta qué punto resultaba controvertida la definición de juridicidad, entre otras razones por tratarse de un problema dotado de hondo sentido político— en un trabajo de relativa juventud, «El Estado de Derecho en la actualidad. Una aportación a la teoría de la juridicidad»⁵⁹².

Era la juridicidad, por aquel entonces, cuando estaba a punto de concluir el período de entreguerras, una palabra «de moda», y así lo evidenciaban tanto el hecho de que un ensayista, no jurista, médico, biógrafo e historiador como Gregorio Marañón (1887-1981), en principio ajeno a las disputas doctrinales entre juristas, acoge y se hace eco del artificio juridicidad en su columna del diario *El Sol* de Madrid (octubre de

voluntaria, Cap. 1.º del volumen del propio Benson *Justicia sin Estado*, trad. cast. de José Ignacio del Castillo y Jesús Gómez, del original en lengua inglesa, *The Enterprise of Law. Justice without State* (Pacific Research Institute for Public Policy, San Francisco, California), Unión Editorial, Madrid, págs. 21-53, la cita en pág. 21.

⁵⁹¹ LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *El Estado de derecho en la actualidad. Una aportación a la teoría de la juridicidad*, Biblioteca de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» (Editorial Reus, Madrid), 1934, vol. LIX, Epígrafe V: «El problema de la juridicidad», págs. 50-60.

⁵⁹² MICHEL TROPER, *La philosophie du droit*, Col. «Que sais-je?», Presses Universitaires de France, Paris, febrero de 2003, págs. 3-4; ID., *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Col. «Leviathan», Presses Universitaires de France, Paris, 2001.

1932⁵⁹⁴), «Revolución, hombres nuevos y juridicidad» remitiéndose al acabado tratamiento que al concepto científico formal de juridicidad diera la teoría pura del derecho.

No hablamos de la determinación de los criterios en virtud de los cuales un hecho, una conducta o una relación tiene relevancia jurídica, ya que es el propio orden jurídico (cada orden jurídico) quien, a través de sus reglas, atribuye o niega tal condición, con lo que bastaría con conocer tales criterios⁵⁹⁵.

La realidad del Derecho, en lo que esta tiene de realidad cultural dinámica reguladora del juego social⁵⁹⁶, y en cuanto tal, de forma de vida social⁵⁹⁷, que ontológicamente no es por completo distinta de la realidad de los hechos empíricos, pero que no por ello puede reducirse a estos, ni es razonable tratar de identificarla con ellos⁵⁹⁸. Entre otras cosas por que el Derecho no nos viene dado, sino que en parte no menor resulta construido por la teoría que de él se ocupa⁵⁹⁹. La ciencia del Derecho, como toda forma de conocimiento, crea su objeto en alguna medida⁶⁰⁰. Si bien se trata de una creación epistemológica y no de una creación humana, en el sentido que se expresa cuando se afirma que el legislador crea una ley⁶⁰¹. Crea pues su objeto, en tanto que lo comprende como un todo, del que ofrece una significación que permite aprehenderlo a la manera de un conjunto inteligible⁶⁰².

⁵⁹⁴ ETIENNE LE ROY, *Le jeu des lois. Une anthropologie dynamique du Droit*, Librairie Générale du Droit et du Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Col. «Droit et Société» Série anthropologique, Paris, 1999, pág. 36; J. M. VAN DER VEN, «Kultur und Recht», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Franz Steiner Verlag, Wiesbaden), vol. XL, 1, págs. 40-54.

⁵⁹⁵ LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, Librería Bosch, Barcelona, 1953, págs. 37 y 193.

⁵⁹⁶ ENRICO PATTARO (n. 1941), *Norme, Linguage, Diritto*, CLUEB, Bologna, 2001; ID., *Tem e problemi di filosofia del Diritto*, CLUEB, Bologna, 1994.

⁵⁹⁷ MICHEL TROPER, *La philosophie du droit*, ob. cit., eb. cit., pág. 48.

⁵⁹⁸ PIERRE HACK, «Science du droit», en ID., *La philosophie de Kelsen. Epistémologie...*, ob. cit., eb. cit., págs. 20-22, la cita en pág. 21.

⁵⁹⁹ HANS Kelsen, *Théorie du droit*, trad. francesa de Henri Thévenaz, Ed. La Baconnière, Neuchâtel, 1953, pág. 45.

⁶⁰⁰ HANS Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. francesa de Charles Eisenmann de la segunda edición en lengua alemana (1960) de *Reine Rechtslehre* (Franz Deuticke Verlag, Wien), Dalloz, Paris, 1962, pág. 98.

⁶⁰¹ ANTONIO ELORZA, *La razón y la sombra. Una lectura de Ortega y Gasset*, XII Premio Anagrama de Ensayo, Editorial Anagrama, Barcelona, 1984.

⁶⁰² MICHEL VIRALLY (1922-1989), «El fenómeno jurídico» (1966), en ID., *El devenir del derecho internacional. Ensayos escritos al correr de los años*, trad. cast. de Eliane Cazenave Tapie Isoard, del original *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des années* (Institut Universitaire d'Etudes Internationales de Geneve-Presses Universitaires de France,

Se trata pues de una realidad dinámica, que exige del estudioso que se ocupa de su tratamiento y análisis el talento idóneo para pensar que reclamaba José Ortega y Gasset: el propio del hombre que no tiene urgencia de creer, y que, por ello, en vez de aferrarse a las cosas, a las tesis y a las convenciones que habitualmente se esgrimen sobre estas, busca abismarlas, hundirlas, hacer que se desprendan de todo lo que tienen de ciega y empobrecedora creencia⁶⁰³.

Realidad cultural dinámica que coopera de manera intensa en las - no siempre suficientemente atendidas por la doctrina- labores de integración, cohesión, adaptación y control del sistema social, mediante la racionalización y organización de las relaciones sociales⁶⁰⁴, y que constituye una de las manifestaciones simbólicas del poder más aparatosas⁶⁰⁵. No en vano el Derecho es uno de los mayores depositarios de símbolos sociales cargados de emotividad⁶⁰⁶.

En definitiva se trata de una realidad cultural dinámica que no consiste sólo, ni se manifiesta únicamente, ni puede identificarse siquiera de manera principal, tal y como entiende la tradición de corte analítico de los anatomistas del verbo⁶⁰⁷, en una serie de proposiciones o enunciados lin-

Paris, 1990), Fondo de Cultura Económica, México, 1997, págs. 34-85, la cita en pág. 70; ID., *La pensée juridique*, Col. «Theorie du droit», Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence-Université Panthéon-Assas, Paris, 1988; ID., *L'organisation mondiale*, Collection «U. Serie Droit International Public», Armand Colin, Paris, 1982; vid. GEORGES ABI-SAAD et alii, *Le Droit International au service de la Paix, de la justice et du développement*, A. Pédone, Paris, 1991.

⁶⁰³ ALFONSO GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, «Las creencias sociales y el derecho», discurso de recepción como académico de número Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1955; MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, *La eficacia simbólica del Derecho. Examen de situaciones colombianas*, Ediciones Uniamdes, Santafé de Bogotá (Colombia), 1993.

⁶⁰⁴ THURMAN W. ARNOLD (1891-1961), «El Derecho como orden simbólico», en Wilhelm Aubert (editor), *Sociología del Derecho*, Ed. Tiempo Nuevo, Caracas, 1971, pág. 47; ID., «Law Enforcement. An Attempt at Social Dissection», en *Yale Law Journal*, 1932, págs. 12 y sigs.; ID., *The Symbols of Government*, New Haven, 1935; ID., *Diritto come simbolismo*, trad. it. de Eligio Resta y M. De Bellis, en *Diritto e trasformazione sociali*, volumen colectivo editado por Eligio Resta, Gius Laterza, Bari, 1978, págs. 152-154; ID., *The Folklore of Capitalism*, New Haven, 1937; H. YNTEMO, «American Legal Realism in Retrospect», en *Vanderbilt Law Review*, 1960, págs. 317 y sigs.

⁶⁰⁵ GILBERT HOTTOIS, *L'inflation du langage dans la philosophie contemporaine: causes, formes et limites*, «Préface» de J. Ladrière, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1979.

⁶⁰⁶ LUIGI LOMBARDI-VALLAURI, *Etica e diritto*, epígrafe 4.3, de ID., *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia per il diritto*, ob. cit., ed. cit., págs. 89-91.

⁶⁰⁷ JESÚS PINTOS Y SANTOS PASTOR, «La Economía y el Derecho. Una colaboración difícil pero provechosa», en *Revista de Economía* (Consejo General de los Colegios de Economistas de España, Madrid), núm. 13, 1992, págs. 46-100, la cita en pág. 96.

güístico-jurídicos de diverso tipo (normativos, valorativos o definitorios) tendencialmente justificables en tribunales⁶⁰⁸, que se ofrecen como guías de la conducta humana o como límites al poder del intérprete, y establecen pautas específicas de conducta —como trata de hacernos creer el euclidiano edificio del positivismo jurídico—, sino, más bien, en una práctica social extremadamente compleja de la que forman parte todo un conjunto sumamente complejo de relaciones sociales mediadas por las normas jurídicas⁶⁰⁹, y una serie no menos compleja de entidades lingüísticas y extralingüísticas⁶¹⁰, que presupone la asunción de valores de distinta condición: a) de tipo formal (ligados con la idea de previsibilidad), b) de tipo material (vinculados a las nociones de justicia o de verdad), y c) de tipo pragmático (conectados a la noción de aceptación)⁶¹¹, y en la que se desarrolla una variada serie de operaciones interpretativas⁶¹² y argumentativas, así como un conjunto de procedimientos que organizan, verifican y favorecen el cumplimiento tanto de las reglas, como de los principios⁶¹³.

A través de esta realidad cultural dinámica⁶¹⁴ que constituye hoy el De-

⁶⁰⁸ Vid., en contra de esta concepción de ontología jurídica, *inter. alia* el artículo del profesor PAUL AMSELEK, *Los fundamentos ontológicos de la teoría jurídica* (1983), trad. cast. de Mariano Maresca, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada), núms. XXIII-XXIV, 1983-1984, págs. 19-27; PAUL AMSELEK y CHRISTOPHE GRZEGOREYK (editores), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989; PAUL AMSELEK (director), *Interprétation et droit*, Etablissements Emile Bruylant-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Bruxelles, 1995.

⁶⁰⁹ MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, «El derecho como argumentación», en *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política* (Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Filosofía, Madrid) núm. XXI, noviembre de 1999, págs. 37-49; ID., *Las razones del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; ID., «Sobre lo razonable en Derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid), vol. XVII, 1984, págs. 95 y sigs.

⁶¹⁰ JULIEN FREUND (1921-1993), *Le droit d'aujourd'hui*, Colección «Dossiers logos», Presses Universitaires de France, Paris, 1972; LUIGI LOMBARDI-VALLAURI, *Curso de Filosofía del Derecho*, Cedam, Padova, 1981, págs. 30 y sigs., y 44-511; FRANÇOIS TERRÉ, *Le droit*, Flammarion, Paris, 1999.

⁶¹¹ JACQUES LENOBLE y FRANÇOIS OST, *Droit, mythe et raison: Essais sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1980.

⁶¹² PHILIPPE GÉRARD, FRANÇOIS OST y MICHEL VAN DE KERCHOVE (editores), *L'acclération du temps juridiques*, Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2000.

⁶¹³ CARLOS COSSIO, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*, Editoria Losada, Buenos Aires, 1939; LUIS LEGAZ y LACAMBRA, *La plenitud del orden jurídico* (1940); ID., *Horizontes del pensamiento jurídico. Estudios de Filosofía del Derecho*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1947, págs. 129-147.

⁶¹⁴ JUAN-RAMÓN CAPELLA HERNÁNDEZ, «Incompletud: lagunas y ambigüedades del Derecho», en ID., *Elementos del análisis jurídico*, Colección «Estructuras y Proceso. Serie Derecho», Editorial Trotta, Madrid, 1999, págs. 112-115.

recho, se trata de institucionalizar los procedimientos de solución de conflictos (determinando competencias facultades, plazos...) de aplicar las pertinentes sanciones a las conductas desviadas y, en definitiva, de asegurar la racionalidad tanto del proceso de la interpretación y aplicación del derecho, como del proceso correspondiente a su formulación, y que pueden agregarse a los niveles de las reglas y de los principios con la finalidad de cubrir las lagunas existentes en el sistema normativo, y con las que constantemente se pone en jaque el postulado de la plenitud hermética del orden jurídico —que algunos revistieron con el título de verdad lógica-jurídica a priori⁶¹⁵—, en congruencia con la propiedad necesariamente «lacunaria» («lagunosa»)⁶¹⁶ de toda regulación normativa, y con el difícilmente discutible hecho de que ningún sistema puede llegar a dominar deductivamente el conjunto de los problemas que le conciernen. Ni siquiera el sistema normativo que pretende organizar y regular el monopolio del uso legítimo de la coacción en la vida social⁶¹⁷.

IV. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA COMO UNA DE LAS MODALIDADES DE PRINCIPIOS EN ORDEN A LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS⁶¹⁹

IV.1. En congruencia con la situación existente, a estas alturas de la evolución de la humanidad, en un período que es, o al menos pasa por ser, tan radicalmente nuevo, el reflexivo texto que mediante estas líneas presentamos, se afana en el tratamiento jurídico (normativo, dogmático y jurisprudencial) de la protección de la salud.

Temática que se analiza y examina desde el optimismo cívico y en po-

⁶¹⁵ FRANÇOIS OST y MICHEL VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit: les directives d'interprétation en droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1980.

⁶¹⁶ ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, «El proceso de positivación de los derechos fundamentales», Capítulo Cuarto del volumen de JOSÉ-LUIS CASCAJO CASTRO, BENITO DE CASTRO CID, CARMELO GÓMEZ TORRES y ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *Los Derechos Humanos. Significación, Estatuto Jurídico y Sistema*, en la colección «Anales de la Universidad Hispalense» (Publicaciones de la Universidad de Sevilla), Serie Derecho, núm. XXXVIII, 1970, págs. 172-160, la cita en págs. 189-190.

⁶¹⁷ MARIO GAVIRIA, *La séptima potencia. España en el mundo*, Ediciones B, Grupo Z, Madrid, septiembre de 1996, pág. 14.

⁶¹⁸ PEDRO LAÍN ENTRALGO (1908-2001), «Creencia, esperanza y amor» (1983), en *Cuenta y Razón del Pensamiento Actual* (Fundes, Madrid), núm. CXX, junio-julio 2001, págs. 87-100; ID., *La espera y la esperanza. Historia y teoría del espacio humano*, Revista de Occidente, Madrid, 1957 (hay segunda edición de 1958).

⁶¹⁹ JOSÉ-MARÍA DÍEZ-ALEGRÍA, «La filosofía de la esperanza en Pedro Laín», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 104, págs. 157-181.

sitivo⁶²⁰; como un signo de confianza firme, que no de presunción vana, hacia lo que, según se anuncia, nos espera en el futuro⁶²¹, sobre el que se proyectan temores y aspiraciones⁶²²: «quien ha visto la esperanza —tal y como dijera el poeta mejicano Octavio Paz (n. 1914)— no la olvida: la busca bajo todos los cielos y en todos los hombres». En el camino del horizonte último que se encuentra, de forma inevitable, siempre más allá de nuestro alcance, como sucedía con la propia «Idea del Derecho», cuya identificación tantas veces buscada e invocada entre los filósofos del derecho de inspiración neokantiana, y en más de uno con fuertes acentos neohegelianos⁶²³, generó una abundantísima literatura en el primer tercio del siglo XX⁶²⁴. Con vistas, eso sí, a un horizonte último, que nunca debiera ser otro sino la efectiva realización de la justicia social en el más avanzado grado posible de libertad individual y de buen orden colectivo⁶²⁵.

El libro se inscribe con pleno sentido, y tiene su hilo conductor, en la constante atención doctrinal, que ha venido privilegiando la práctica totalidad de los juristas que se han ocupado del tema, en la toma en conside-

⁶²⁰ LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, «Nota del traductor», en MAX-ERNST MAYER, *Filosofía del Derecho*, trad. cast. de la segunda edición en lengua alemana (1926), a cargo de Luis Legaz y Lacambra, Colección Labor, Sección Ciencias Jurídicas, Editorial Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1975, págs. 5-6, la cita en pág. 5.

⁶²¹ MAX-ERNST MAYER, *Filosofía del Derecho*, trad. cit., ed. cit., págs. 142-212: «La idea del Derecho».

⁶²² ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE, «El problema de la viabilidad de los derechos humanos», Primera Parte de ID., *Teoría Jurídica de los Derechos Humanos. II. Sociología de los derechos humanos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, pág. 33; ID., *Teoría y experiencia de los derechos humanos*, Madrid, Gregorio del Toro, 1968 (segunda edición, *Lo que sabemos de los derechos del hombre*, Ed. Gregorio del Toro, Madrid, 1969); ID., *Comentario al Fuero de los españoles: Teoría jurídica de los Derechos Humanos IV*, Biblioteca de cuestiones actuales, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975; ID., *El Derecho en la aventura europea de la libertad*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1986; ID., *Le droit dans l'aventure européenne de la liberté*, Bibliothèque de philosophie comparée. Philosophie du droit, Ed. Brière, Burdeaux, 1987; ID., *El poder en la actividad económica*, Colección «Mundo científico. Serie economías», Editora Nacional, Madrid, 1964.

⁶²³ PAUL A. SCHLIPP (director de la edición), *The Philosophy of Alfred North Whitehead*, Tudor, New York, segunda edición, 1951.

⁶²⁴ SALVADOR GINER DE SAN JUAN, *Carisma y razón. La estructura moral de la sociedad moderna*, Colección «Alianza Ensayos», Alianza Editorial, Madrid, 2003; ID., *The Common Interest and the Moral Fabric of Society*, Instituto de Estudios Sociales Avanzados, Documentos de trabajo, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1992; JEROME GLENN y THEODORE GORDON (editores), 1977. *State of the Future: Implications for Action Today*, American Council for the United Nations University, Washington D.C., 1997, págs. 29 y sigs.

⁶²⁵ IGNACIO SOTELO, «¿Integración o descomposición de Europa?», en JORDI NADAL, *El mundo que viene*, Fundación José Ortega y Gasset-Fundación La Caixa-Alianza Editorial, Madrid, 1994, págs. 97-124, la cita en pág. 97.

ración de las posibles respuestas normativas y jurisprudenciales a las renovadas exigencias que en este ámbito se plantean desde una sociedad en transformación, condición que nadie regatea a la sociedad española en el alba del tercer milenio.

También se extiende en una serie de consideraciones y propuestas, que en sede *lege ferenda*, se han venido ofreciendo al respecto, ponderando la oportunidad o la conveniencia de acoger alternativas que permitan superar, o en su caso transformar, determinadas situaciones y condiciones hoy existentes.

Obras como la que aquí se presentan ponen de manifiesto que la Universidad en la que germinó un texto como éste, fiel a las virtudes y las prácticas más propias de la institución, no va a dejar de continuar suministrándonos ideas, dirigentes, ingenio, mágico poder de seducción y ese estilo propio y característico que ha hecho fortuna y se imita sin éxito.

Se acepta así lo que para algunos constituye un postulado universal, según el cual la capacidad de proyección futura, o lo que es lo mismo la capacidad de creación del futuro —tarea que el filósofo y matemático inglés Alfred North Whitehead (1861-1947)⁶²⁶ atribuía a la Universidad—, su idoneidad a la hora de concebir un proyecto de transformación del presente, constituye la condición propia de toda conducta racional⁶²⁷. Seguro que nuestros autores irían aún más allá y suscribirían el oportuno juicio de quienes sostienen que es posible, y además necesario y preferible tratar de moldear el futuro, en lugar de limitarnos a prepararnos simplemente para la llegada de un futuro que constituya la extrapolación lineal del presente, o que sea el producto de la casualidad o del destino.

⁶²⁶ JEREMY BENTHAM, «Constitutional Code», vol. I editado por FREDERICK ROSEN y J. H. BURNS, en *The Collected Works of Jeremy Bentham*, la llamada edición del «Bentham Committee», Clarendon Press, Oxford, 1983, pág. 43; ID., «Constitutional Code», en *The Works of Jeremy Bentham* [edición en seis volúmenes, publicado bajo la supervisión y el cuidado como editor literario de John Bowring, William Tait, Edinburg, 1838-1843, volumen IX, págs. 1-662 (hay reedición en Russell and Russell), New York, 1962]; ROSS HARRISON, *Bentham*, Routledge and Kegan Paul, London, 1983, págs. 33 y sigs. (acerca de la utilización de las metáforas en el tratamiento que hace Bentham del lenguaje); ID., «The People is my Cesar», en *Bentham News letter*, VII, 1983, págs. 27-40; FREDERICK ROSEN, *Jeremy Bentham and Representative Democracy. Study of the Constitutional Code*, Clarendon Press, Oxford, 1983; WERNER TEUBNER, *Kodifikation und Rechtsform in England. Schriften zur Rechts-theorie*, Duncker und Humblot, Berlin, 1974.

⁶²⁷ J. R. DINWIDDY, «Bentham's Transition to political radicalism 1809-1810», en *Journal of the History of Ideas*, vol. XXVI, 1975, págs. 683-700; JEAN FLORENCE, «Bentham psychologist», en PHILIPPE GÉRARD, FRANÇOIST OST y MICHEL VAN DE KERCHOVE (editores), *Actualité de la pensée de Jeremy Bentham*, Col. «Travaux et Recherches», Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, págs. 319-418, la cita en págs. 414-415.

Acaso convenga subrayar algo que las más de las veces se da por obvio, y que, de hecho, lo es: «Pese a nuestra ignorancia sobre el porvenir, únicamente podemos vivir el presente porque de alguna forma imaginamos lo que vendrá mañana y podemos proyectar un futuro no ilusorio». Sólo si se dispone de una cierta idea de lo que sucederá en el futuro podemos vivir el hoy sin demasiada inquietud. «Predecir de alguna forma el futuro es un ejercicio para (poder) entender y vivir consecuente y responsablemente el presente»⁶²⁸.

De nuevo se somete a prueba, que supera otra vez con éxito, el valor verdad de la afirmación de Franz Böckle en la que se sostiene que la medicina, en su acepción de asistencia metódico-sistemática del hombre enfermo lleva incorporada en sí misma la impronta de lo normativo.

Un autor tan poco propicio al uso de las metáforas más allá del ámbito estricto de las obras de creación literaria y de valor expresivo, como el político utilitarista inglés, jurista y reformador Jeremy Bentham equiparaba en su imponente, a la vez que inconclusa obra, una de sus últimas publicaciones en vida, de redacción prolongada en el tiempo, toda vez que los primeros materiales fueron redactados en 1822, «Constitutional Code for the Use of all Nations and all Government's Professioning Liberal Opinions» (1830) al legislador supremo con un médico, atribuyéndole la condición de «médico del cuerpo social», que se ve obligado a trabajar sin descanso. En el texto de madurez — en el que Bentham desarrolla con sumo detalle su teoría política, su visión utópica de la democracia constitucional representativa y su crítica de los sistemas políticos existentes en su tiempo, reiterando su oposición a su vez a los argumentos de W. Blackstone en defensa de la constitución y del gobierno británico— la imagen atraviesa e informa muchas de sus páginas. Así se insiste en la idea de que la sociedad deberá ser tratada por el poder político a la manera, y con el cuidado que el paciente es tratado por el doctor⁶²⁹. El propio J. Bentham se propuso hacer del legislador el educador y a la vez el médico de la humanidad⁶³⁰, y no duda en trazar, con cierta frecuencia, cuando se ocupa de

⁶²⁸ FRANÇOISE TULKENS, «Les principes du Code penal de Bentham», en PHILIPPE GÉRARD, FRANÇOIST OST y MICHEL VAN DE KERCHOVE, *ob. cit.* en nota anterior, págs. 615-662, la cita en pág. 624.

⁶²⁹ LLOYD H. SMITH, «La medicina como arte», en JAMES B. WYNGAARDEN y LLOYD H. SMITH JUNIOR (editores), *Tratado de Medicina de Cecil*, decimosexta edición, volumen I, trad. cast. de Fernando Colchero Arruabarrena, Antonio Gast Talheimer, Eduardo Gorab Silva y Gustavo A. Silva, revisada por Cecilio Morales Santaló (del original *Textbook of Medicine*, decimosexta edición, W. B. Saunders Company, Philadelphia), Interamericana, Emasa, SA, Madrid, 1985, págs. XXXV-XXXIX.

⁶³⁰ GEORGE W. STOCKING (n. 1928), *The Ethnographer's Magic*, University of Wisconsin Press, London-Madison (Wisconsin), 1992; ID. (editor), *Observed. Essays on*

los principios del Código penal a una serie de analogías, bastantes de ellas de una obviedad absoluta, entre las actitudes de los médicos con respecto a las enfermedades, los remedios y la curación⁶³¹.

El conjunto del texto que aquí se presenta suministra nuevos argumentos que acuden en refuerzo de las conclusiones a las que llegara Morris L. Ghezzy en su estudio sobre «El papel social de la medicina natural. Entre positivismo y nuevas perspectivas epistemológicas», y en cuya virtud, la medicina siempre habría ejercido un papel central en la historia de la sociedad humana, y no sólo —siendo ello importante— en su suficientemente acreditada condición de disciplina centrada en el tratamiento de la enfermedad, en la cura del cuerpo humano, y en la reducción sufrimiento⁶³² y mejora física, o en lo que representa de conjunto de conocimientos, habilidades y tradiciones que se encuentran constantemente sometidos a cambios, y cuyos límites imprecisos se confunden a veces con ámbitos propios de otras disciplinas, saberes o prácticas: la economía, la psicología, la sociología, e incluso la antropología cultural⁶³³; sino también en lo mucho que la medicina tiene de ámbito del saber innovador y especialmente idóneo para condicionar con su fuerza de sugestión los modos de pensar, de ver e interpretar la realidad de las personas (en sus dimensiones individual y colectiva), y la propia realidad de las organizaciones y

Ethnographic Fieldwork, Col. «History of anthropology», University of Wisconsin Press, Madison (Wisconsin)-London, 1983; ID. (ed.), *Objects and others: essays on Museums and material culture*, Col. «History of anthropology», The University of Wisconsin Press, Madison (Wisconsin), 1985; ID., *Victorian anthropology*, The Free Press, New York, 1987; ID., *Delimiting anthropology: occasional essays and reflections*, University of Wisconsin Press, Madison (Wisconsin), 2001; ID., *Race, culture and evolution: essays in the history of anthropology*, The Free Press, New York, 1968; ID., *Romantic motives: essays on anthropological sensibility*, Col. «History of anthropology», University of Wisconsin Press, Madison (Wisconsin), 1989.

⁶³¹ AARON V. CICOUREL, «Language and medicine», en CHARLES A. FERGUSON y SHIRLEY BRICE HEATH (compiladores), *Language in the USA*, Cambridge University Press, Cambridge (Massachusetts), 1981, págs. 407-429; ID., *Cognitive Sociology*, Penguin Books, London, 1973; JUAN ROF CARBALLO, «El estado de la medicina en la formación del hombre actual», en *Las nuevas humanidades*, vol. monográfico de *Revista de la Universidad de Madrid* (Madrid), vol. IX, 1960, núm. 34, págs. 403-430, la cita en pág. 407; THURE VON UEXKÜLL, «Consideraciones sociológicas de la práctica médica», en *Medicina y Sociedad*, volumen monográfico de la *Revista de la Universidad de Madrid* (Madrid), volumen X, núm. XXXVII, 1961, págs. 7-21, la cita en pág. 7.

⁶³² M. H. BECKER, «The health belief model and personal health behavior», en *Health education monographs*, 2, 1974.

⁶³³ CHARLES H. HUGHES, «Public Health in Non-literate Societies», en el volumen colectivo dirigido por Ingo Goldstein, *Man's Image in Medicine and Anthropology*, New York Academy of Medicine, Institute of Social and Historical Medicine, International Universities Press, New York, 1963, págs. 157-233; JACQUES M. MAY, «The Economy of Human Disease», en *Annals* (New York Academy of Sciences), vol. LXXXIV, 1960, págs. 789-794.

los grupos sociales, forjando sucesivas imágenes y representaciones de los seres humanos. Pero si esto ha sido así siempre, no puede negarse que la influencia que la Medicina despliega sobre la formación del hombre actual es muy superior a la que produjera en el pasado. La Medicina ha pasado a formar parte, cada día con un mayor arraigo, de la humana existencia en su sentido más pleno⁶³⁴.

Como es harto sabido, en todo grupo humano, por reducido en número que sea, o por muy primitivo o escasamente avanzado que se encuentre en su desarrollo, se dispone de un más o menos preciso conjunto o sistema de actitudes («health attitudes») creencias y convicciones sobre la salud («health beliefs») ⁶³⁵ y acerca de la naturaleza de la enfermedad, de sus causas y tratamiento, así como sobre sus relaciones con los restantes aspectos de la vida del grupo, lo que ha contribuido de forma decisiva a la íntima integración existente entre la medicina (como arte, tecnología y profesión) y la asistencia médica de una parte, y distintas instituciones de la sociedad de otra. Circunstancia sobre la que se ha extendido, con la perspicacia que manifiesta siempre en sus análisis, el profesor de la Universidad de Michigan, Charles C. Hugues⁶³⁶.

Tampoco puede desconocerse la importante dependencia del sentido que puede atribuirse a la enfermedad y las actitudes y disposiciones prácticas que se consideran adecuadas con respecto a ella, y las ideas religiosas y científicas que prevalecen en cada sociedad⁶³⁷. En ocasiones las condi-

⁶³⁴ ELIOT FREIDSON, «The Sociology of Medicine. A Trend Report and Bibliography», en *Curent Sociology*, vol. 10/11, 1961, 1962, págs. 123-192; TALCOTT PARSONS, «Definitions of Health and Illness in the Light of American Values and Social Structure», en E. GARTLY (directór), *Patients, Physicians, and Illness. Sourcebook in Behavioral Science and Medicine*, The Free Press, Glencoe (Illinois), 1958, págs. 234-245; RICHARD H. SHRYOCK, *The Development of Modern Medicine*, Knopf, New York, 1947; HENRY E. SIGERIT, *On the Sociology of Medicine*, M. D. Publications, New York, 1960; BERNHARD STERN, *Society and Medical Progress*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1941; MERVYN W. SUSSEX y WILLIAM WATSON, *Sociology in Medicine*, Oxford University Press, 1962.

⁶³⁵ JOSÉ MARÍA LÓPEZ PIÑERO y LUIS GARCÍA BALLESTER, *Introducción a la medicina*, Col. «Ariel Quincenal», Ediciones Ariel, Barcelona, 1971, pág. 14.

⁶³⁶ LUIS NUÑEZ LADEVÉZE, «Introducción», al volumen colectivo, *El dominio del tiempo*, Ministerio de Cultura-Biblioteca Nacional, Madrid, 1933, págs. 15-22, la cita en pág. 19.

⁶³⁷ ALEX CALLINICOS, «La igualdad y la revolución», Capítulo II de ID., *Igualdad*, Siglo Veintiuno de España Editores, marzo de 2003, págs. 33-49, la cita en pág. 33; MARÍA-JOSÉ FARÍAS DULCE, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Universidad Carlos III, Editorial Dykinson, SL, Madrid, 2000; FRITZ HARTUNG, *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart*, Göttingen, 1964, págs. 9 y sigs.; GERHARD OESTREICH, «Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten», en K. A. BETTERMANN, FRANZ L. NEUMANN y H. C. NIPPERDEY (editores), *Die Grundrechte*, Berlin, 1966, vol. I, 1, págs. 1 y sigs.

ciones materiales, como el actual crecimiento de las expectativas medias de vida —o cifra media de años entre el nacimiento y la muerte que una persona tiene probabilidad de alcanzar⁶³⁸—, muy superiores ciertamente a la de cualesquiera etapa anterior, en lo que tiene de indicador de salud, afecta a las maneras de afrontar la vida y de comprender la salud como un valor específico⁶³⁹.

IV.2. Si la igualdad como demanda social y política concreta fue hija de las grandes revoluciones burguesas del siglo XVIII —que se produjeron al inicio de la época constitucional, dieron el carpetazo al Antiguo Régimen e inauguraron el mundo contemporáneo⁶⁴⁰— lo cierto es que la irrupción de la cuestión social en el escenario público terminó produciéndose mucho más tardíamente y determinó la modificación del propio contenido de las Constituciones políticas contemporáneas, que pasaron a incorporar a su articulado disposiciones que tenían por objeto el reconocimiento de derechos sociales y de una serie de principios. En el marco de fenómeno de largo aliento que se ha identificado comúnmente como el reconocimiento y la consagración progresiva del constitucionalismo social.

Por lo que a nuestro país concierne han sido especialmente determinantes al respecto, los efectos generados por la acogida y positivación en el primer apartado del artículo primero de la actual Constitución española

⁶³⁸ PEDRO DE VEGA GARCÍA, «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución», en *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), Nueva Época, núm. 7, enero-febrero de 1979, págs. 93-118, la cita en pág. 105.

⁶³⁹ SILVIO BARILE, «Los valores superiores. Los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en el volumen colectivo dirigido por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y ALBERTO PREDIERI, *La Constitución española de 1978. Estudio Sistemático*, Colección «Civitas Monografía», Editorial Civitas, Madrid, 1980, págs. 253-306, la cita en pág. 253.

⁶⁴⁰ WOLFGANG ABENDROTH, «Sobre el concepto de Estado de derecho democrático y social, tal y como se ha formado en la Constitución de la República Federal de Alemania», en ID., *Sociedad antagónica y democracia política*, trad. cast., Ed. Grijalbo, Barcelona, 1972; ID., *Das Grundgesetz. Eine Einführung in seinen politischen Probleme*, séptima edición, Pfullingen, 1978; MIGUEL AYUSO TORRES, *¿Después del Leviatán? Sobre el Estado y su signo*, Editorial Dykinson, SL, Madrid, 1998; M. FROMMONT (editor), *Les cinquante ans de la République fédérale de Allemagne*, Publications de la Université de la Sorbonne, Paris, 2000; MIGUEL-ÁNGEL GARCÍA HERRERA y G. MAESTRO BUELGA, «Regulación Constitucional y posibilidad del Estado Social», en *Revista Vasca de Administración Pública* (Oñati), núm. XXII, 1988, págs. 93 y sigs.; JAVIER PÉREZ ROYO, «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social», en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid), núm. 10, 1984; FRANCISCO RACIONERO CARMONA, *Antileviatán: la cultura de los derechos*, Colección «Biblioteca de Humanidades», Editorial Dykinson, SL, Madrid, 2003, págs. 61-64; L. J. WITGENS, *Droit, principes et théories. Pour un positivisme critique*, Etablissements Emil Bruylant, Bruxelles, 2000.

de la declaración en cuya virtud «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

Declaración que abre con sobresaliente plasticidad semántica⁶⁴¹, el texto constitucional y, que al hacerlo recoge el nuevo principio estructurante del Estado, marca el tono del mismo⁶⁴² y el conjunto del tejido constitucional —sin duda por influencia directa de los artículos 20.1 y 28.1 («El orden constitucional de los Länder debe responder a los principios de Estado de Derecho republicano, democrático y social, en el sentido de esta Constitución») de la Ley Fundamental («Grundgesetz») de Bonn de 1949, Constitución de la República Federal Alemana —no en vano es en la misma donde se produce su primera consagración constitucional—, si bien invirtiendo nuestra Constitución el orden que de los respectivos calificativos del Estado acoge la Constitución federal alemana⁶⁴³, cuando en su artículo veinte define a la República Federal Alemana como un «Estado Federal, democrático y social». Constitución que por otra parte inicia en la Alemania de su tiempo la presencia de fórmulas análogas en las Constituciones de los distintos Estados. Acaso la que vierte una fórmula más chocante será la Constitución de Sajonia de 1992, tras el *annus micabilis* de

⁶⁴¹ PETER HÄBERLE (n. 1934), *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, traducción al cast. e «Introducción» de Emilio Mikunda, la versión original, con el título *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, volumen 436 de los *Schriften zum Öffentlichen Recht* (primera edición 1982, segunda edición revisada y puesta al día en 1996), Editorial Tecnos (Grupo Anaya, SA), Madrid, 2000, págs. 29-30 («Formas técnico jurídicas de manifestación»); THEO SCHILLER, «Probleme einer Sozialstaatstheorie», en el volumen colectivo, *Sozialstaat und Sozialpolitik. Krise und Perspektiven*, Luchterhand, Neuwied y Darmstadt, 1980, págs. 16 y sigs.

⁶⁴² *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Edición del Partido Revolucionario Institucional, México, 1961.

⁶⁴³ GILBERT BADIA, *Historia de la Alemania contemporánea. 1917-1932*, tomo I, La Habana (Cuba), 1966, págs. 179-181; O. BUHLER, *La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919. Texto completo y comentarios, historia y juicio crítico*, trad. cast., Editorial Labor, Barcelona, 1931; ARTHUR ROSENBERG, *Entstehung der Weimarer Republik*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt am Main, 1961; RUDOLF SMEND (n. 1882), «Zum Verfassungsrecht der Weimarer Republik», en ID., *Gesammelte Schriften*, tomo II: «Recht, Staat, Macht», págs. 281 y sigs.; ID., *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. de José María Beneyto Pérez, Colección «Estudios Constitucionales», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985; ID., *Costituzione e Diritto Costituzionali*, «Introducción» de Gustavo Zagrebelsky, trad. al italiano de F. Fiore y J. Luther, Col. «Arcana Imperii», A. Giuffrè Editore, Milano, 1988; ID., *Die Reichskammergericht*, tomo I: «Geschichte und Verfassung», Weimar, 1911 (hay reproducción facsimilar), Scientia Verlag, Halle, 1965; ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Duncker und Humblot, Berlin, 1955; ID., *Die Verfassung des Deutschen Reichs von 11. August 1919*, Col. «Die Deutsche Reichsgesetzbuch», Sieben Stäbe-Verlags- und Druckereigesellschaft, Berlin, 1929.

1989, que en su artículo 1.2 establece que Sajonia es un «Estado social de Derecho con deberes culturales»⁶⁴⁴.

A la hora de identificar los precedentes de la tardía constitucionalización formal del Estado Social en Europa, y aun cuando no faltan referencias a las contribuciones al inicio del constitucionalismo social debidas a la Constitución mexicana aprobada en el constituyente de Querétaro de 1917⁶⁴⁵ y a la Constitución de la Rusia bolchevique, se ha convertido en un lugar común centrar la remisión como fuente a la Constitución alemana de Weimar, la primera Constitución democrática en la historia del país centroeuropeo, que tuvo en el profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Berlín Hugo Preuss su padre espiritual⁶⁴⁶, y que marcó un punto de inflexión en la fase de la evolución de los derechos fundamentales del hombre durante el período de entreguerras.

Punto de inflexión que abrió paso al reconocimiento de que no pueden existir derechos de las personas que no se realicen en el marco del Estado, a quien incumbe el deber de configurar una organización en la que las personas se desarrollen adecuadamente y los derechos de los ciudadanos se apliquen en armonía recíproca con las solas limitaciones que deriven de su necesaria coexistencia⁶⁴⁷.

La Constitución de Weimar ha de considerarse sobre el telón de fondo político de la nueva República alemana —tantas veces descrita bajo el tópico de ser, como dijera Moeller van der Bruck, «una República sin republicanos»⁶⁴⁸— basada en un equilibrio de fuerzas en torno a los partidos socialdemócrata, del Centro y Popular Nacional Alemán⁶⁴⁹, y de

⁶⁴⁴ JOHN DUNN (director), *Democracia. El viaje inacabado (508 a.C.-1993 d.C.)*, trad. cast. de Jordi Fiblo, Ed. Tusquets, Barcelona, 1995, págs. 292-320 («Conclusiones»).

⁶⁴⁵ LEWIS HERTZMAN, «Gustav Stresemann: The Problem of Political Leadership in the Weimar Republic», en *International Review of Social History* (Amsterdam), vol. V, 3, 1960, págs. 361-377.

⁶⁴⁶ E. K. BRAMSTEED y K. J. MELHUISE, *El liberalismo en Occidente*, Colección «Historia en documentos. Vol. I: «Las grandes corrientes del liberalismo»», trad. cast. de Eloy Fuentes del original *Western Liberalism. A history in documents from Locke to Croce* (Longman Group Limited, London, 1978), Unión Editorial, 1982, pág. 29; PABLO LUCAS VERDÚ, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar, la teoría constitucional de Rudolf Smend*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987; ADOLFO GONZÁLEZ POSADA, *El régimen constitucional*, Librería Victoriano Suárez, Madrid, 1930, págs. 47 y sigs.

⁶⁴⁷ K. D. BRACHER, *Die deutsche Dilemma*, München, 1971; ID., *Die Auflösung der Weimarer Republik*, Villinga, quinta edición, 1971, págs. 43 y sigs.; HEINRICH BRÜNING, *Memorien 1918-1924*, Stuttgart, 1940; KARL FROMME, *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1960, págs. 8 y sigs.

⁶⁴⁸ MAX-ERNST MAYER, *Filosofía del Derecho*, ob. cit., ed. cit., trad. cit., pág. 189.

⁶⁴⁹ ANTONIO BALDASARRE, «Constitución y teoría de los valores», trad. cast. de Eloy García López, en *Revista de las Cortes Generales* (Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid), núm. XXXII, segunda cuatrimestre de 1994, págs. 7-34; ERNST BENDA,

las particulares condiciones históricas que concurrían en la Alemania de Weimar.

Constitución de once de agosto de 1919, en cuya Parte Segunda, bajo el rótulo «Derechos y Deberes Fundamentales de los alemanes», se encuentran en sus Capítulos IV y V, toda la gama de derechos reconocidos a los ciudadanos. Si bien se trataba de derechos que carecían de la condición propia de los «derechos fundamentales directamente aplicables, al que en la condición de postulados programáticos, mediante un amplísimo catálogo de derechos sociales referidos a la protección de la familia, de la educación y del trabajo. En todo caso no estará de más recordar que en el texto de Weimar no se acogía de forma expresa la categoría analítica «Estado social»⁶⁵⁰. Categoría que sólo ingresaría en el discurso de los tratadistas cuando Herman Heller, en un pasaje de su trabajo «Rechtstaat oder Diktatur» («Estado de Derecho o Dictadura», 1929), tan celebrado como poco leído, acuña la expresión «Estado social de Derecho»⁶⁵¹; y sostiene que sólo la transformación del Estado de Derecho (un Estado que atiende únicamente a la vertiente formal del principio de igualdad) en un Estado Social de Derecho (un Estado en el que lo relevante es la igualdad en sentido material, esto es, la extensión del pensamiento del Estado de Derecho material al orden del trabajo y de los bienes)⁶⁵².

«El Estado social de Derecho», en ERNST BENDA, WERNER MAIHOFFER, HANS-JOCHIM VOGEL (n.º 1 946), KONRAD HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional (Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, dos volúmenes, de Gruyter, Berlin-New York, segunda edición, 1995), trad. cast. edición y «Prolegómeno» de Antonio López Pina, coeditado por Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, Madrid, 1996, págs. 21 y sigs. (hay segunda edición, 2001); ID., ERNST BENDA y ECKART KLEIN, *Verfassungsprozessrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, segunda edición, 2001; LUIS SÁNCHEZ AGESTA, «Nacimiento y desarrollo de las cláusulas económico-sociales en las constituciones», en *Derecho Comparado* (Buenos Aires), núm. 2, págs. 39 y sigs.

⁶⁵⁰ Vid. HERMANN HELLER, *Staatslehre*, A. W. Sijthoff's Witgeversmaatschappij N.V., Leiden, 1939; ID., «Die Krisis der Staatslehre» (1926), en ID., *Gesammelte Schriften*, Leiden, 1971, vol. II, págs. 3-30.

⁶⁵¹ JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democratico de Direito*, Suplemento ao Boletim de Faculdade de Direito de Universidade de Coimbra, Coimbra, 1987, págs. 203-204.

⁶⁵² MIGUEL ARTOLA GALLEGÓ (n.º 1923), «Declaraciones y derechos del hombre» (versión modificada de su discurso de ingreso en la «Real Academia de la Historia»), en *Revista de Occidente* (Fundación José Ortega y Gasset, Madrid), núm. XIV, junio-julio de 1982, págs. 5-24, la cita en pág. 15; ID., «Declaraciones y derechos del hombre», discurso leído el día dos de mayo de 1982 en el acto de su recepción pública, «Contestación» de José Antonio Maravall Casesnoves, Real Academia de la Historia, Madrid, 1982; ID., *Los derechos del hombre*, Colección «El libro de bolsillo. Sección Humanidades», Alianza Editorial, Madrid, 1986; DEMÓFILO DE BUEN, *Introducción al estudio del Derecho civil*, «Prólogo» de Felipe Sánchez Román, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, págs. 221-227.

Téngase presente, en todo caso, que la formulación más antigua que conocemos de los derechos sociales en un documento de naturaleza constitucional, se encuentra en los párrafos con los que se iniciaba el «Preámbulo» de la Constitución francesa de 1848⁶⁵³. Constitución cuya vigencia fue interrumpida por el gobierno *de facto* que siguió al golpe de Estado de dos de diciembre de 1851. Texto constitucional que incorpora el reconocimiento de derechos laborales al ámbito constitucional, y que parecía hacerse eco del «derecho a la instrucción, la asistencia social y el trabajo» que se invocaba en el proyecto de Constitución francesa de 23 de junio de 1793. Aun cuando se tratara de un texto que no llegó a superar el plano del proyecto al de norma, no por ello estamos ni ante el producto de una mera casualidad, ni ante el efecto no buscado de un hecho fortuito. Todos los procesos revolucionarios que sacudieron, si bien de forma distinta, al conjunto de los Estados europeos en 1848, llevaban incorporado en su seno, y hacían de ello un ideario, el propósito de avanzar en la realización del principio de igualdad.

La recepción del modelo Estado social se habría producido en España con el establecimiento de un Estado liberal, socializado en el fondo y constitucionalizado en la forma⁶⁵⁴, a través de la Constitución republicana de nueve de diciembre de 1931, auténtico código para la reforma social y política de España, en lo que fue un proceso acelerado en la historia del Derecho⁶⁵⁵. Una ley fundamental igualitaria, «tanto, que para serlo en la realidad compensa con protecciones jurídicas, las desventajas económicas y sociales», es socializadora...⁶⁵⁶.

Una Constitución que, al decir de Luis Jiménez de Asúa⁶⁵⁷, Presidente

⁶⁵³ ADOLFO GONZÁLEZ POSADA, *La crisis del Estado y el Derecho político*, Cátedra Valdecilla de la Universidad Central, Madrid, 1934 (libro que recoge las doce conferencias que constituyeron el curso profesoral en la Cátedra Valdecilla por Adolfo Posada el año 1933).

⁶⁵⁴ NICETO ALCALÁ ZAMORA Y TORRES, «Repercusiones de la Constitución fuera del Derecho Político», Discurso en la sesión inaugural del curso 1931-1932 en la Academia Nacional de Jurisprudencia y Legislación, celebrado el 26 de noviembre de 1931, Editorial Reus, Madrid, 1931, pág. 9.

⁶⁵⁵ NICETO ALCALÁ ZAMORA Y TORRES, *Repercusiones de la Constitución fuera del Derecho Político*, ob. cit., ed. cit., pág. 16.

⁶⁵⁶ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Diario de Sesiones*, número 28.

⁶⁵⁷ NIETO ALCALÁ ZAMORA Y TORRES, «Repercusiones de la Constitución fuera del Derecho político», Discurso, Academia Nacional de Jurisprudencia, Madrid, 1931, págs. 18 y sigs., 29 y sigs., 33 y sigs.; LÉON DUGUIT, H. BONNIER y ROGER BONNARD, *Les Constitutions et principales lois politiques de la France depuis 1789*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, séptima edición cuidada por Georges Berlia, Paris, 1952; FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, «Técnica legislativa codificadora», en *Revista de Derecho Privado* (Editorial de Derecho Privado, Madrid), tomo XXI, núm. 246, quince de marzo de 1934, págs. 62-88; DELGADO IRIBARREN, «El derecho de familia en la Constitución», en *Revista de Derecho Privado* (Editorial de Derecho Privado, Madrid), quince de marzo de 1933, págs. 68 y sigs.;

de la Comisión Parlamentaria que redactó el proyecto, era «de izquierda (pero) no socialista, democrática, iluminada por la libertad, de gran contenido social y que aspiraba a ser conservadora de la República»⁶⁵⁸.

El maestro complutense del Derecho Federico de Castro y Bravo, entonces Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Salamanca, en su estudio acerca de las reformas que la Constitución política de la República española de 1931 introdujo en el Derecho Civil y en el Derecho Internacional Privado —que publicó respectivamente bajo el rótulo «El Derecho Civil y la Constitución» y «La Constitución española y el Derecho Internacional Privado»—, pese a someter a una crítica rigurosa la teoría de la repercusión inmediata de la Constitución en el conjunto del derecho —concepción que tendría sus mejores representantes en Alcalá Zamora y Torres, De Buen, Batle Vázquez, Delgado Iribarren, Jiménez de Asúa, Polo...— a fin de acotar y reducir a sus justos límites el influjo del texto constitucional sobre el Derecho civil vigente, no pretende ni negar, ni desconocer tal influjo «ya que las constituciones modernas, y la española no es una excepción, además de regular la estructura del Estado y de sus órganos, formulan una serie de principios dogmáticos e imponen al legislador futuro todo un programa de reformas legislativas a realizar. Por ello, aun negando justificación a la doctrina de la repercusión inmediata, no puede desconocerse que la Constitución ejerce influencia sobre el Dere-

JOSÉ-LUIS FERNÁNDEZ RÚA, *La Segunda República*, Tebas, Madrid, 1977; G. GARCÍA-VOLTA, *España en la encrucijada. ¿La Constitución de 1931, fórmula de convivencia?*, PPU, Barcelona, 1987; ADOLFO GONZÁLEZ POSADA (1860-1944), *La nouvelle constitution espagnole: Le régime constitutionnel en Espagne: Evolution. Textes. Commentaries*, Recueil Sirey, Paris, 1932; ID., *La reforma constitucional*, Victoriano Suárez, Madrid, 1931; ID. y FRANCISCO AYALA (n. 1906), «El derecho constitucional en España», separata del volumen I de *La Costituzione negli Stati nell'Eta' Moderna*, Fratelli Treves, Milano, 1933, págs. 298-321; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Constitución de la República*, Madrid, 1932, págs. 62 y sigs.; F. DE MEER, *La Constitución de la II República*, Eunsu, Pamplona, 1978; NICOLÁS PÉREZ SERRANO, *La Constitución Española (9 de diciembre de 1931). Antecedentes, textos, comentarios*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, págs. 186 y sigs.; ID., «Carácter de la nueva Constitución española», en *Revista de Derecho Público* (Editorial de Derecho Privado, Madrid), Año I, número 1, quince de enero de 1932, págs. 9-16.

⁶⁵⁸ FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, «El Derecho civil y la Constitución», en *Revista de Derecho Privado* (Editorial de Derecho Privado, Madrid), Año XXII, núm. 257, quince de febrero de 1935, págs. 33-48, la cita en págs. 46-47; ID., «La Constitución española y el Derecho Internacional privados», en *Revista de Derecho Privado* (Editorial de Derecho Privado, Madrid), Año XIX, número 222, quince de abril de 1932, págs. 74-78 y Año XIX, número 223, quince de abril de 1932, págs. 97-105. Vid. MANUEL BATLE VÁZQUEZ, *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Privado*, Trabajo premiado en el concurso «Alcalá Zamora», abierto por la Academia Nacional de Jurisprudencia, Imprenta de Galo Sáez, Madrid, 1933.

cho privado, tanto de un modo indirecto, como de un modo directo. De un modo indirecto influye la Constitución, no sólo al organizar sobre nuevas bases al Estado y al dar atribuciones a sus distintos organismos o poderes, sino al asentar principios dogmáticos que significan un mandato para el legislador futuro de reformar la legislación vigente. Estas disposiciones constitucionales no deben considerarse desprovistas de valor, pues si bien nadie podrá obligar a que actúe el legislador, y en la Constitución no se indica ningún medio para corregir la inactividad legislativa, no debe desconocerse que preceptos como los de los artículos cuarenta y tres y cuarenta y cuatro de la Constitución condicionan la futura actuación del legislador; éste podrá, con su inacción, mantener el *status quo*, pero el legislador en cualquiera de las materias sobre las que la Constitución hizo declaraciones de principios, deberá atenerse a ellos, so pena de ver anulada su labor como órgano constitucional»⁶⁵⁹. Esta relativamente temprana recepción entre nosotros del modelo Estado social se vería aplazada en sus efectos, ya que por razones que probablemente a todos se les alcanzan, aplicación en España se puso entre paréntesis hasta la Constitución de 1978, y su extensión a la mayor parte de los órdenes constitucionales del conjunto de Europa se demoró hasta los años inmediatamente posteriores a la conclusión de la Segunda Guerra Mundial⁶⁶⁰.

En efecto, las dos primeras constituciones en incorporar cláusulas de esta naturaleza, tras el desastre, las estrecheces y la carnicería de la II Guerra Mundial⁶⁶¹, y cuando despuntaba el alba de lo que algunos no han dudado en llamar la «Edad de Oro» del desarrollo, con el alza espectacular de la tasa de crecimiento de la economía, fueron: a) la Constitución francesa de la llamada «Cuarta República —nacida de la ruptura revolucionaria con los regímenes precedente»⁶⁶², tanto el de Vichy como la Tercera República— presentada en el periódico *Combat*, órgano de la izquierda no

⁶⁵⁹ ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales* Colección «Temas clave de la Constitución española», Editorial Tecnos, Madrid, 1984, pág. 40; ID., «Concepto y concepción de los Derechos humanos», en *Doxa* (Alicante), 4, 1987, págs. 47-66; ID., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (1984), Editorial Tecnos, Madrid, quinta edición, 1995.

⁶⁶⁰ SIMONE DE BEAUVOIR, «Me decía a mí misma: ha pasado, ha pasado. Ha pasado y todo está empezando», en *La force des choses*, Ed. Gallimard, París, 1963, pág. 13.

⁶⁶¹ KARL LOEWENSTEIN, «El proceso constituyente», págs. 16-20 de *Constituciones y Derecho Constitucional de Oriente y Occidente*, trad. cast., en *Revista de Estudios Políticos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, núm. 164, marzo-abril de 1969, págs. 5-56, la cita en pág. 17.

⁶⁶² *Combat* (París), septiembre de 1942, reimpresión en el volumen de HENRI MICHEL y BORIS MIRKINE GUETZÉVITCH (editores), *Les idées politiques et sociales de la Résistance*, Presses Universitaires de France, París, 1954, pág. 149. Vid. CLAUDE BOURDET, *L'aventure incertaine. De la Résistance a la restauration*, Stock, París, 1975.

comunista de la Resistencia como «encarnación del egoísmo, de la estrechez y del temor»⁶⁶³ — aprobada en referéndum nacional el trece de octubre de 1946, tras la «humillante victoria de 1945»⁶⁶⁴; no resulta ocioso recordar al respecto que la Constitución de la V República (1958) dispuso que se mantuvieran vigentes las declaraciones de derechos y de soberanía tal y como fueron proclamados y fijados en agosto de 1789 y completados y confirmados en el Preámbulo de la Constitución de 1946⁶⁶⁵ que tiene valor constitucional como elemento de lo que la doctrina y el Consejo Constitucional francés ha dado en llamar el «bloque de constitucionalidad»; tampoco puede olvidarse que un primer proyecto de Constitución, formulado por la Asamblea Nacional Constituyente especial, no fue ratificado en el plebiscito correspondiente por los electores, al ser rechazado su ratificación mediante referéndum nacional el nueve de mayo de 1946⁶⁶⁶, ni que el advenimiento de la IV República supuso de hecho la restauración del gobierno parlamentario de tipo clásico contemplado por las leyes cons-

⁶⁶³ HANS O. STAUB, *Frankreich zwischen gestern und morgen*, Walter Verlag, Freiburg im Breisgau, 1963.

⁶⁶⁴ PABLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado: Las formas de Estado y las formas de Gobierno. Las Constituciones Modernas*, trad. cast. de Héctor Fix Zamudio (del original, *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*, A. Giuffrè Editore, Milano, 1970), Sección de Obras de Política y Derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 1975, págs. 144-160; ID., *Derecho Constitucional*, trad. cast., Editorial Tecnos, Madrid, 1965; LUIS SÁNCHEZ AGESTA, «La Constitución francesa de 1958», en *Archivo de Derecho Público* (Universidad de Granada), vol. XII, 1959, págs. 1-27.

⁶⁶⁵ R. MALEZIEUX y J. ROUSSEAU, *La Constitution de la IV^e République: commentaire et texte de la loi constitutionnelle du 27 octobre 1946*, tercera edición, Cujas, París, 1955; MAURICE DUVERGER, *Francia: Parlamento o Presidencia*, trad. cast. de Paúl Morodo Leoncio, del original *La Vème République et le Régime Présidentiel* (Librairie Arthème Fayard, París, 1961), Colección «Cuadernos Taurus», Taurus Ediciones, Madrid, 1963, pág. 8.

⁶⁶⁶ En relación con el resultado del referéndum el general Charles De Gaulle declaró: «Un tiers de français s'y est résigné, un tiers l'a repoussé, un tiers l'a ignorée». Vid. PIERRE MIQUEL, *La Quatrième République. Hommes et pouvoirs*, Bordas, París, 1982, pág. 22; JOSEPH BARSALOU, *Le mal aimée, histoire de IV^e République*, Plon, París, 1964; GEORGETTE ELGEY, *La République des illusions, 1945-1951*, Fayard, París, 1965; JACQUES FAUVET, *La France déchirée*, Fayard, París, 1957; ID., *Le IV^e République*, Fayard, París, 1959; GILBERT GUILLEMINAULT et alii, *La France de Vincent Auriol 1947-1953*, Denöel, París, enero de 1968; JACQUES JULLIARD, *La Quatrième République*, Calman-Levy, París, 1968; DUNCAN MCRAE, *Parliament, Parties and Society in France, 1946-1958*, St. Martin's Press, New York, 1967; VALÉRIE-ANNE MONTSSIER, *Les années d'après guerre*, Fayard, París, 1980; JEAN-PIERRE RIOUX, *La Quatrième République*, Le Seuil, París, 1980; ALEXANDRE WERTH, *La France depuis la guerre (1944-1945)*, Ed. Gallimard, París, 1957; RENÉ WILLIAM THORP, «Les Droits de l'Homme sous la III^e République», en *Revue des Travaux de l'Académie des Sciences Morales et Politiques* (París), año 113, segundo trimestre, 1960, págs. 42-62; PHILIP WILLIAMS, *La vie politique sous la IV^e République*, Armand Colin, París, 1971; MICHEL WINOCK, *Le République se meurt*, Le Seuil, París, 1978.

titucionales de 1875⁶⁶⁷. «Algo nuevo ha muerto y algo viejo ha ocupado su lugar...». ¿Por cuánto tiempo? —escribía en la revista *Esprit* en diciembre de 1946 Jean-Marie Domenach⁶⁶⁸—, en la práctica un parlamentarismo radical «que permitía afirmar que el Parlamento francés —la Asamblea Nacional— se contaba entre los más poderosos del mundo⁶⁶⁹, y b) la Constitución de la República italiana de 1947 —promulgada el veintisiete de diciembre de 1947 tras más de veinte años de gobierno autoritario y que entró en vigor en enero de 1948—, que consagró lo que James D. Wilkinson denominara «el triunfo del Estado» tras la liberación, con la resistencia de los intelectuales de la resistencia frente al fascismo, y la imposición de una atmósfera generalizada a favor de «desistir de la lucha por una nueva Italia —la desistencia—, como se caracterizó a la atmósfera de liturgia»⁶⁷⁰ y a la renuncia a la «revolución espiritual».

Ambos textos constitucionales nos hablan, respectivamente, el francés, de una «República indivisible, laica, democrática y social» (artículo 1), en el Preámbulo que sustituyó a una verdadera y propia «Declaración de derechos» como el que figuraba anexo al primer proyecto de Constitución de 1946 rechazado por referéndum, tras una referencia a «los derechos del hombre y del ciudadano consagrados en la Declaración de 1789», se enunciaban de manera sumaria unos derechos de carácter social; por supuesto el italiano identifica como «misión propia de la República», la transformación de la realidad mejorable, mediante la remoción de los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad del ciudadano, impidan el pleno desenvolvimiento de la personalidad y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política del país (artículo 3.2)⁶⁷¹.

⁶⁶⁷ JEAN-MARIE DOMENACH, «Objectif inchange», en *Esprit* (Paris), núm. 128, diciembre de 1946, pág. 919.

⁶⁶⁸ PHILIPS M. WILLIAMS, *The French Parliament*, George Allen and Unwin Ltd., London, 1968, pág. 21.

⁶⁶⁹ JAMES D. WILKINSON, «El triunfo del Estado, 1946-1949», capítulo IX de ID., *La resistencia intelectual en Europa* (Harvard College, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1981), Fondo de Cultura Económica, México, julio de 1989, págs. 256-276, la cita en pág. 256.

⁶⁷⁰ JULIEN FREUND (1921-1993), *La crisis del Estado y otros estudios*, trad. cast., Cuadernos de Ciencias Políticas, Instituto de Estudios Políticos, Santiago de Chile (Chile), 1982.

⁶⁷¹ FRANZ J. HINKELAMMERT, *Crítica de la razón utópica*, traducción castellana de Juan Antonio Senent de Frutos. Colección «Palimpsesto», Editorial Desclee de Brouwer, Bilbao, 2002; M. JOSÉ AÑÓN, «La contribución de los derechos sociales al vínculo social», en el volumen colectivo *El vínculo social ciudadanista y cosmopolitismo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 (obra que recoge todos las ponencias y bastantes de las comunicaciones que fueron presentadas en las XVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política).

En los artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución española de 1978, se consagra el Estado Social y Democrático de Derecho que define el modelo socioeconómico sobre el que se asienta el nuevo régimen, que encuentran desarrollo ulterior en otras disposiciones del propio texto constitucional. La cláusula que define a España como «Estado social y democrático de Derecho»⁶⁷², afirma «un principio que se ajusta a una realidad propia del mundo occidental de nuestra época, y que trasciende a todo el orden jurídico» (STC 18/1984, de siete de febrero)⁶⁷³. Si bien los tres términos que adjetivan a nuestro Estado («social», «democrático» y «de derecho» fueron negociados durante el proceso constituyente, sin que faltaran tensiones y matices diferenciadores. Con la articulación del Estado Social se genera una nueva concepción del concepto de libertad, que ya no podrá ser entendido como «autonomía y no injerencia del poder, sino como garantía de acceso a prestaciones sociales»⁶⁷⁴.

Con la recepción del sintagma Estado Social en el vocabulario propio del derecho positivo y más concretamente en la norma jurídica de mayor rango jerárquico, se impone su consideración como principio inspirador y articulador del Estado, que atribuye a éste la obligación de asumir la realización de las tareas pertinentes y los compromisos precisos, en orden a una configuración más equilibrada y más justa (menos desigual) del orden social⁶⁷⁵.

⁶⁷² MANUEL ARAGÓN REYES, «Estado y democracia», en *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 31 y sigs.; BENITO DE CASTRO CID, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Publicaciones de la Universidad de León; ID., *El reconocimiento de los derechos humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982; ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, séptima edición, 2001.

⁶⁷³ JOSÉ-ANTONIO ESTÉVEZ ARAUJO, «Estructura y límites del Derecho como instrumento del Estado social», en ENRIQUE OLIVAS CABANILLAS *et alii*, *Problemas de legitimación del Estado Social*, Editorial Trotta, Madrid, 1991, pág. 153; MIGUEL-ÁNGEL GARCÍA HERRERA, «Poder Judicial y Estado social», en el volumen colectivo dirigido por PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, ... y *Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, pág. 73.

⁶⁷⁴ GREGORIO CÁMARA VILLAR y JUAN CANO BUESO (coordinadores), *Estudios sobre el Estado Social y la Comunidad Autónoma andaluza*, Parlamento de Andalucía-Editorial Tecnos, Sevilla-Madrid, 1993; LUIGI FERRAJOLI, «Stato Sociale e Stato di Diritto», en *Politica del Diritto*, Società Editrici Il Mulino, Bologna, marzo de 1982, págs. 41-52; PABLO LUCAS VERDÚ, «Ensayo sobre la integración de las fuerzas políticas en el Estado contemporáneo», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 59, mayo-junio de 1958; págs. 119-143; ID., «Derechos y libertades fundamentales y la convivencia justa y pacífica con arreglo a derecho de los españoles», en ID., *Curso de Derecho Político*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, tomo IV, págs. 310-317.

⁶⁷⁵ MANUEL GARCÍA-PELAYO, «Robert von Mohl y el nacimiento de las Ciencias Sociales», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), año XI, volumen XXXV, núm. 55, 1951, págs. 111-126.

Al encontrar expresión esta fórmula en la cláusula «Estado social y democrático de Derecho», los analistas entendieron necesario tratar de esclarecer si en el plano constitucional eran compatibles, o si, por el contrario, más bien entraban en contradicción, los sintagmas Estado de Derecho —«Rechtsstaat», expresión conceptuada por primera vez en «Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen der Rechtsstaates» (1832-1933), por el politólogo, constitucionalista, historiador y estadista alemán Robert von Mohl (1799-1875)⁶⁷⁶, Estado de carácter individualista⁶⁷⁷— y Estado Social: ¿Cabe conciliar estado de Derecho y Estado Social? ¿Es posible el Estado Social de derecho? ¿Pueden realizarse las políticas de nivelación social y de democratización social y económica que exige nuestro tiempo desde las estructuras e instituciones de un Estado de derecho?⁶⁷⁸

Se trataba, en definitiva, de pronunciarse sobre la existencia o no de una antinomia entre las definiciones del Estado como Estado de Derecho y como Estado Social. Resulta sobradamente sabido que el derecho moderno se encuentra apremiado a cubrir objetivos excepcionalmente variados, lo que determina que se encuentre sobrecargado de tareas que pueden colisionar o entrar en conflicto pudiendo producirse, al mismo tiempo en más de una circunstancia en el ámbito de un mismo orden jurídico que se pretendan afirmar valores tan mutuamente contradictorios, que existe el riesgo del colapso del sistema, y en todo caso se hace harto difícil identificar un principio unificador del Derecho, que además de garantizar la coherencia del sistema jurídico dotada de una identidad propia no contradictoria, le permita funcionar, en su doble condición a) de orden de integración de los diferentes subsistemas normativos (natural, económico, cultural y simbólico) en los que se desenvuelve la sociedad y de b) orden de resolución o de atenuación de conflictos⁶⁷⁹.

⁶⁷⁶ ELÍAS DÍAZ GARCÍA, «Teoría General del Estado de Derecho», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 131, septiembre-octubre de 1963, págs. 21-48, la cita en pág. 38.

⁶⁷⁷ ELÍAS DÍAZ GARCÍA, «Teoría General del Estado de Derecho», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), vol. cit., pág. 39.

⁶⁷⁸ LARS D. ERIKSON (n. 1938), *Tendencias conflictivas en el derecho moderno*, trad. cast. de *Conflicting tendencies in Modern Law (Rechtstheorie*, 2, 1989, págs. 153-162), a cargo de Eduardo Rivera López, en AULIS AARNIO (n. 1937), ERNESTO GARZÓN VALDÉS y JURKY UUSITALO (n. 1949) (compiladores), *La normatividad del Derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, abril de 1997, págs. 113-126, la cita en págs. 113-114.

⁶⁷⁹ HANS PETER IBSEN, *Über das Grundgesetz. Rede, gehalten anlässlich des Beginns des neuen Amtsjahres des Rektor der Universität Hamburg am 17 november 1942*, Universität Hamburg, Hamburg, 1950. Temprana réplica al discurso que ofrece Grewe el mismo año, en la convicción de que el principio del Estado social es una cláusula vacía abiertamente... de cualquier tipo de contenido o valor normativo. GREWE, «Das bundesstaatliche Prinzip des Grundgesetzes», en *DRZ*, 1949, la cita en pág. 349.

Importante fue, como pocas lo han sido, la controversia doctrinal que en torno a la cuestión suscitada inicialmente en su análisis acerca del significado y alcance de la cláusula del Estado Social en la conferencia rectoral de Hans Peter Ibsen en la Universidad de Hamburgo «Über das Grundtgesetz» («Sobre la Ley Fundamental», 1949)⁶⁸⁰ enfrentó bien pronto los puntos de vista encontrados de auténticos primeros espadas del derecho público y de la Teoría del Estado: a) Ernst Forsthoff⁶⁸¹, y Carl Schmitt por un lado, frente a b) Otto Bachof, C. F. Menger y Erich Fechner por otro⁶⁸².

Disputa doctrinal que abrió un fértil debate, aún no completamente cerrado, en torno a la naturaleza jurídica de la fórmula «Estado Social y Democrático de Derecho», y más en concreto acerca de su naturaleza. Esto es, acerca de si se trata de una fórmula meramente programática (lo que supone vaciarla de contenido efectivo, reducirla a la condición de mero programa de actuación que tendría por destinatarios el legislador y los órganos del Estado, sin que ello entrañase una mutación sustancial en

⁶⁸⁰ ERNST FORSTHOFF, «Problemas actuales del Estado Social en Alemania», en *Escuela Nacional de Administración Pública*, Madrid, 1966; ID., *Begriff und Wesen der sozialen Rechtsstaates, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. XII, Berlin, 1954; ID., *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, Münster, 1954; ID., «Die Umbildung der Verfassungsgesetzes», en H. BARION, ERNST FORSTHOFF y W. WEBER (compiladores), *Festschrift für Carl Schmitt*, Berlin, 1959, págs. 35-62; ID., *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, 1961; ID., «Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre», en H. BANO, E. W. BÖCKENFÖRDE, ERNST FORSTHOFF y W. WEBER (editores), *Epirrhosis. Festgabe für Carl Schmitt*, Berlin, 1968, págs. 185-211; ID., *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1956; ID., *Tratado de Derecho administrativo*, trad. a cargo de Luis Legaz y Lacambra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, vol. I; ID., «La República federale tedesca como Stato di diritto e Stato sociale», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* (A. Giuffrè, Milano, julio-septiembre 1956, págs. 547 y sigs.; ID., *Rechtsaat in Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1964; ID., *Der Staat der Industriegesellschaft*, segunda edición, München, 1971; WALTER JELLINEK, «Alemania como Estado de Derecho», en *Revista de Administración Pública* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 6, septiembre-diciembre de 1951, págs. 347 y sigs.; ID., «Grundrechte und Gesetzesvorbehalt», en *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 1946, págs. 4-6.

⁶⁸¹ OTTO BACHOF, «Reflexwirkung und subjektive Rechte im öffentlichen Recht», en OTTO BACHOF, M. DRATH, O. GÖNNENWEIN y E. WALZ (compiladores), *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München, 1955, págs. 287-307; ID., «Freiheit des Berufs», en K. A. BETTERMANN, H. C. NIPPERDEY y U. SCHEUNER (compiladores), *Die Grundrechte*, tomo III, núm. 1, Berlin, 1958, págs. 155-265.

⁶⁸² JOSÉ-LUIS CASCAJO CASTRO, «La voz Estado social y democrático de derecho: Materiales para un léxico constitucional español», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), núm. 12, 1992; ID., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988; J. LÜCKE, «Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsufträge», en *AöR*, 107, 1982, págs. 31 y sigs.; ULRICH SCHEUNER, «Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat», en *Die öffentliche Verwaltung*, 1971.

la naturaleza jurídica del Estado de Derecho), o si por el contrario la fórmula pase a una dimensión normativamente vinculante para los poderes públicos, lo que supondría una mutación radical del Estado de Derecho, al fijar como uno de sus objetivos la garantía material de los postulados y libertades enunciados⁶⁸³.

Entre nosotros ha prevalecido una lógica de implicación entre los términos «social», «democrático» y «de Derecho» utilizados por el constituyente como principios que califican y configuran a nuestro Estado a partir de la entrada en vigor de la Constitución.

Implicación que ha determinado una oportuna a la vez que elocuente reelaboración y modificación del sentido originario del que estaban dotados cada uno de los respectivos sintagmas considerados aisladamente.

IV.3. La mayor parte de los tratadistas concuerdan en que, una vez proclamado el Estado social como principio jurídico configurador, juntos con los principios del Estado democrático y del Estado de Derecho, se encomienda al Estado la garantía de los derechos económicos y sociales. Encomienda que supone tanto como la exigencia de incorporar la procura de dichos derechos sociales al ámbito de la actuación propia de los poderes públicos.

Así lo ha percibido y puesto de manifiesto la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, al concluir que el reconocimiento de los denominados derechos de carácter económico y social, «conduce a la intervención del Estado para hacerlos efectivos, a la vez que dota de una trascendencia social al ejercicio de sus derechos por los ciudadanos... la configuración del Estado como social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza con una acción mutua Estado-Sociedad que difumina la categoría derecho público-derecho privado» (STC 18/1984, de 7 de febrero).

Estos derechos sociales⁶⁸⁴, que algunos tratadistas como el maestro

⁶⁸³ FRANÇOIS EWALD, *L'Etat Providence*, Bernard Grasset, Paris, 1986; RAMÓN GARCÍA COTARELO, *Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar*, Madrid, 1990; GEORGES GURVITCH (1894-1965), *L'idée du droit social. Notion et système du Droit Social. Histoire Doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Recueil Sirey, Paris, 1931; MANUEL GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1883; PABLO LUCAS VERDÚ, «Estado social y democrático de Derecho», en *Comentario a las Leyes Políticas*, tomo I, Madrid, 1983; ID., *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*, Actas Salmanticensis, Salamanca, 1955; ID., *Introducción al Derecho político: las transformaciones sociales del Derecho Político actual*, Studia Albornotiana, Barcelona, 1958.

⁶⁸⁴ BRENDA ALMOND y DONALD HILL (editores), *Applied philosophy: morals and metaphysics in contemporary debate*, 1990; ID., «Los derechos», en PETER A. SINGER (n. 1946,

complutense del Derecho constitucional y la Teoría del Estado, Luis Sánchez Agesta propusiera denominar derechos sociales estrictos, atinentes a la realización de la vida personal de los individuos en la comunidad bajo los principios de justicia y seguridad social⁶⁸⁵ requieren, a fin de que se pueda garantizar jurídica y económicamente su disfrute a un nivel de protección semejante al alcanzado por los viejos derechos civiles, de una serie de prestaciones de los poderes públicos, y suponen la adopción del compromiso de crear las oportunas condiciones para el libre desarrollo de la personalidad.

Al mismo tiempo se trata de derechos que necesitan continuamente adensarse, ya que su finalidad no es la conservación estable de una determinada situación social, económica o cultural, sino que aspiran, por el contrario, a transformar la realidad mejorable, lo que exige modular o ponderar los bienes jurídicos en posible conflicto⁶⁸⁶, y presentan una notable capacidad expansiva, ya que siempre podrán agregarse nuevos elementos nutrientes del bienestar social.

Su diverso valor respecto a otros derechos, como pueden ser los llamados derechos civiles de libertad, derechos universales e indisponibles, que hicieron fortuna en el Estado liberal de Derecho clásico, se debe no sólo en razón a las sustanciales diferencias de contenido y naturaleza de los

editor), *Compendio de ética*, trad. cast., Alianza Editorial, Madrid, 1995; GIULIANO BONOLI, VIC GEORGE y PETER TAYLOR-GOBY, *European welfare futures: towards a theory of retrenchment*, Polity Press, Cambridge, 2000; VIC GEORGE y PETER TAYLOR-GOBY (editores), *European welfare policy: squaring the welfare circle*, Macmillan, Houndmills, Basingstoke, 1996; A. I. MELDEN, *Free action*, Routledge and Kegan Paul, Studies in philosophical psychology, tercera edición, London, 1967; ID. (editor), *Essays in moral philosophy*, University of Washington Press, Seattle, London, 1966; ID. (editor), *Ethical theories: a book of readings*, séptima edición, Prentice Hall, Englewood Cliffs (New Jersey), 1962; ID. *Los derechos y las personas: los valores y la búsqueda filosófica*, Colección popular, trad. cast. del original *Rights and Persons* (Col. «Values and philosophical inquiry», Basil Blackwell, Oxford, 1977), Fondo de Cultura Económica, México, 1992; LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Principios de teoría política*, tercera edición revisada, Colección «Mundo Científico. Serie Jurídica», Editorial Nacional, Madrid, 1970, págs. 476-477; PETER TAYLOR-GOBY, *The Future of the British Welfare State*, Kent, 1987; ID. (editor), *Risk, trust and welfare*, St. Martin Press in association with Economic Beliefs and Behaviour, an ESRC Research Programme, New York, 2000; ID., *Social change, social welfare and social science*, Harvester, Wheatsheaf, University of Toronto Press, Hemel Hempstead, Toronto, 1991; ID. y JENNIFER DALE, *Social theory and social welfare*, Edward Arnold, London, 1981.

⁶⁸⁵ RAÚL CANOSA USERA, «Protección constitucional de los derechos subjetivos ambientales», en MIGUEL CARBONELL, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma, México, 2002, págs. 119-166, la cita en pág. 122.

⁶⁸⁶ JOSÉ MARÍA LÓPEZ PIÑERO y LUIS GARCÍA BALLESTER, *Introducción a la medicina*, Ariel Quincenal, Ediciones Ariel, Barcelona, 1971, pág. 27.

derechos sociales en su condición de derechos de la igualdad —para apreciarlo bastará con tener presente que una de las manifestaciones más crueles de la injusticia y de la desigualdad social es aquello que Pierreville llama la «desigualdad humana ante la enfermedad y la muerte»⁶⁸⁷— en contraposición a los derechos civiles y políticos— que serían derechos de la libertad⁶⁸⁸, circunstancias diferenciadoras sin duda importantes, sino por sus diversas modalidades de aplicación, por sus diferentes mecanismos de protección y control, y muy especialmente, por el tipo de acción que precisan que se produzca, en aras a su efectividad, por parte de los poderes públicos.

En este sentido debe insistirse en que una nota diferenciadora especialmente relevante de los derechos sociales radica en que la conducta requerida por parte de los órganos del Estado, a fin de hacer efectivos este tipo de derechos, no se concreta, como sucedía en el «Rechtsbewahres-taat», en un no hacer —esto es, en una conducta meramente permisiva de las conductas o prácticas que favorecen su ejercicio, o en una conducta inhibitoria de los poderes públicos, como acción general de los sistemas políticos existentes en su tiempo, reiterando su oposición a su vez a los argumentos de W. Blackstone respecto de la existencia de determinadas estructuras sociales, y en su caso exige disponer de recursos económicos suficientes para hacerlos efectivos. En el entendimiento generalizado de que resultaba ilusorio continuar creyendo en la interpretación liberal de la existencia de una armonía espontánea y equilibrada de los intereses socia-

⁶⁸⁷ IGNACIO ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 110; ID., «La semántica de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos* (Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense), Madrid, núm. VI, 1990, págs. 23-38.

⁶⁸⁸ WOLFGANG ABENDROTH, *Sociedad antagónica y democracia política: Ensayos sobre sociología política*, trad. cast. de Manuel Sacristán Luzón, Colección «Teoría y Realidad», Ed. Grijalbo, Barcelona, 1973; ID. (editor literario), *Fascismo y capitalismo: teorías sobre los orígenes sociales y la función del fascismo*, con «Introducción» de Kurt Kliem, Jörg Kammler y Rüdiger Gripenburg, trad. cast., Colección «Novocurso», Ediciones Martínez Roca, Barcelona, 1972; WOLFGANG ABENDROTH, ERNST FORSTHOFF y KARL DOEHRING, *El Estado social*, Colección «Estudios Constitucionales», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986; ERICH FECHNER (n. 1903), *Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1953, págs. 9 y sigs.; ID., *Die soziologische Grenze der Grundrechte*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1954; ERNST FORSTHOFF, *Begriff und Wesen der sozialen Rechtsstaates*, Walter de Gruyter, Berlin, 1954, págs. 31 y sigs.; ID., *Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania*, Colección «Conferencias y Documentos», Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Alcalá de Henares (Madrid), 1966; CHRISTIAN-FRIEDRICH MENDER, *Der Begriff der sozialen Rechtsstaates in Bonner Grundgesetz*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1953, págs. 4 y sigs.; HERBERT SULTAN y WOLFGANG ABENDROTH, *Bürokratischer Verwaltungsstaat und soziale Demokratie: Beiträge zu Staatslehre und Staatsrecht des Bundesrepublik*, O. Goedel, Hannover-Frankfurt am Main, 1955.

les en conflicto⁶⁸⁹, y que producía consecuencias inconvenientes seguir dejando al albur de la sociedad y de los individuos la obtención de las condiciones concretas de cada cual⁶⁹⁰.

Derechos sociales que algunos estudiosos como el politólogo Philippe de Lara consideran que tienen más bien la naturaleza propia de los compromisos políticos, y no la que de ordinario y con rigor, se predica de los auténticos derechos. Derechos sociales que cubren un conjunto extremadamente heterogéneo de expectativas, demandas, peticiones de reconocimientos y hasta de «desiderata»: trabajo estable, educación ampliada a lo largo de la vida profesional, pensiones, sanidad pública eficaz, servicios públicos esenciales, compatibilidad entre trabajo y familia, derechos de los grupos más vulnerables, derecho a la integridad moral de la mujer...

En todo caso, y una vez reconocidas las importantes diferencias existentes entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales, se impone insistir en la unidad, indivisibilidad e interdependencia existente entre ambos, lo que requiere que el Estado trate de guardar una posición templada y de equilibrio entre los valores, tantas veces confrontados, de la libertad y la igualdad.

Estas condiciones han sido destacadas, entre otros, por el profesor uruguayo Héctor Gross Espiell cuando afirma: «sólo el reconocimiento integral de todos estos derechos puede asegurar la existencia real de cada uno de ellos, ya que sin la efectividad del goce de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles se reducen a meras categorías formales. Pero a la inversa, sin la realidad de los derechos civiles y políticos, sin la efectividad entendida en su más amplio sentido, los derechos económicos y sociales carecen, a su vez, de verdadera significación»⁶⁹¹. Precisamente Robert Alexy no duda a la hora de considerar como el argumento

⁶⁸⁹ ROBERT ALEXY, «Derechos a prestaciones en sentido estricto (Derechos sociales fundamentales)», en ID., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. cast. de Ernesto Garzón Valdés, revisada por Ruth Zimmerling, del original *Theorie der Grundrechte* (Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986), Colección «El Derecho y la Justicia», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 482-501.

⁶⁹⁰ HÉCTOR GROSS ESPIELL, *Estudios sobre derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, 1988, págs. 324-325; ID., *La convención americana y la convención europea de Derechos Humanos: Análisis comparativo*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1979; ID., *Amicorum liber: Personne humaine et droit international. Persona humana y derecho internacional*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, dos volúmenes, 1997; *Cérémonie de remise du Hector Gross Espiell, amicorum liber*, 4 mars 1997, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1997; JOSEF INSENSEE, «Verfassung ohne soziale Grundrechte», en *Der Staat*, vol. XIX, 1980, págs. 367-384.

⁶⁹¹ ROBERT ALEXY, «Acercas de los argumentos en pro y en contra de los derechos fundamentales sociales», en ID., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., ed. cit., trad. cast. cit., págs. 486-494, la cita en pág. 486.

principal a favor de los derechos fundamentales sociales, el argumento de la libertad. «La libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor»⁶⁹². Tesis que refuerza remitiéndose al Lorenz von Stein de «Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage»: «La libertad es sólo real cuando se poseen las condiciones de la misma, los bienes materiales y espirituales, en tanto presupuesto de la autodeterminación»⁶⁹³.

Los llamados derechos económicos, sociales y culturales atribuirían así a sus titulares a modo de unos derechos de crédito. Esto es, derechos a exigir unas determinadas prestaciones sociales, frente a la sociedad y al Estado, lo que requiere una disposición positiva de ambos⁶⁹⁴, a la vez que determina el surgimiento de una serie de obligaciones jurídicas del Estado para con los individuos o los grupos titulares de tales derechos de crédito, en orden a proveer una organización lo más adecuada y pertinente de los sectores económicos y sociales de la vida colectiva⁶⁹⁵.

Entre los derechos sociales ocupa hoy un lugar especialmente destacado el derecho a la protección de la salud. Derecho que se ha visto consagrado en el artículo cuarenta y tres de nuestra Constitución. Enunciado constitucional que constituye la pieza angular sobre la que descansa nuestro sistema sanitario público⁶⁹⁶, en lo que tiene de realización efectiva del

⁶⁹² LORENZ VON STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, ed. de Salomon, München, 1921, vol. III, pág. 104 (hay reimpression, Darmstadt, 1959).

⁶⁹³ ANTONIO A. CANÇADO TRINDADE, «La protection des droits économiques, sociaux et culturels. Evolutions et tendances actuelles, particulièrement à l'échelle régionale», en *Revue General de Droit International Public*, tomo 94, vol. IV, págs. 915 y sigs.; ID., *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Serie «Derechos humanos», Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.

⁶⁹⁴ BENITO DE CASTRO CID, «Los derechos sociales: análisis sistemático», en *Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho. Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos*, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1981, págs. 11-33, la cita en pág. 15; J. P. MÜLLER, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, segunda edición, Basel-Frankfurt am Main, 1981; H. RIDDER, «Meinungsfreiheit», en FRANZ L. NEUMANN, H. C. NIPPERDEY y U. SCHEUNER (compiladores), *Die Grundrechte*, Berlin, 1954, tomo II, págs. 243-290.

⁶⁹⁵ JOSÉ IGNACIO ECHÁNIZ SALGADO, «Introducción» al volumen de EDUARDO MARTÍNEZ y HERNÁNDEZ y LUIS-FRANCISCO GARCÍA PERULLES, *Tratado del Derecho a la protección de la salud*, Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2000, págs. 5-6; ID., *El reconocimiento de los derechos humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982.

⁶⁹⁶ ANTONIO BLANCO ALTAMOR, «Artículo 25», en *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Comentado artículo por artículo*, volumen editado por la Asociación para las Naciones Unidas en España, Coordinado por Xavier Pons Rafols, y con «Prólogo» de Mary Robinson, Icaria Antrazyt, Barcelona, 1998, págs. 404-420; ANTONIO CASSESE, *Los*

derecho fundamental a la vida, en la medida en que afecta en ocasiones de una forma directa a la propia existencia de las personas, y en todo caso a las condiciones de dicha existencia. Se trata, como es notorio, de una de las manifestaciones más intensas y de mayor calado de las propias del Estado de Bienestar, en la medida en que atribuye a los poderes públicos la competencia precisa en orden a la organización y tutela de la salud pública a través de la adopción de las pertinentes medidas preventivas y mediante las prestaciones y servicios que fueran necesarios, debiendo regularse por ley los derechos y deberes al respecto.

IV.4. Lo que hace la Constitución, en lo que concierne al derecho a la salud, es reconocer en su artículo 43.1 «el derecho a la protección de la salud» y atribuir a los poderes públicos competencia a los fines de la pertinente organización y tutela de la «salud pública», mediante las oportunas medidas preventivas y reparadoras (artículo 43.2). La Constitución lo hace en una línea semejante a la mantenida a estos efectos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 25.1: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad»)⁶⁹⁷ o al tratado de la CE (Parte III, Título XIII, relativo a la «salud pública»)⁶⁹⁸.

Se trata, en cualquier caso, de un derecho que se despliega en un doble plano o en una doble dimensión: la propiamente colectiva, y la individual.

derechos humanos en el mundo contemporáneo, trad. cast., Editorial Ariel, Barcelona, 1991, págs. 47 y sigs.; HÉCTOR GROSS ESPIELL, *Estudio sobre derechos humanos*, Madrid, 1988, págs. 324 y sigs.; CARMEN MARTI DE VESES, «Normas Internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales», en *Anuario de Derechos Humanos* (Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid), 1983, núm. 2, págs. 299 y sigs.

⁶⁹⁷ ALFREDO MONTOYA MELGAR y JAIME PIZÁ GRANADOS, *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Col. Ciencias Jurídicas, McGraw Hill, segunda edición, Madrid, 2000, pág. 26.

⁶⁹⁸ BENITO DE CASTRO CID, *Problemas básicos de Filosofía del Derecho. Desarrollo sistemático*, tercera edición, Editorial Universitas, Madrid, 1997, págs. 225-238; ID., *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, León, 1993, págs. 131-163; LUIS PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, págs. 185-204; ID., «Ideología liberal y fundamentación jusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas», en *Anuario de Derechos Humanos* (Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid), vol. IV, 1987, págs. 291-321.

El derecho a la salud y a la protección de la salud en todos los ámbitos —esto es, ya sea en su dimensión general, ya sea como protección especial, o como seguridad e higiene en el trabajo— protege no sólo el hecho radical y primario de la vida, sino también su integridad y su plenitud. Su reconocimiento supone incorporar al catálogo de los derechos fundamentales el derecho a un nivel de vida adecuado.

Se trata de un derecho, al igual que algunos otros, cuyo disfrute depende en alto grado de los condicionamientos sociales de tiempo y lugar, lo que determina una lectura y una concreción variable en función de las contingentes situaciones y condiciones existentes.

Un derecho que cumple la función primordial de contribuir a la asistencia y al desarrollo pleno de la vida del hombre en el plano inmediatamente biológico. De aquí que la mejor doctrina lo integre en su tipología de los derechos dentro de los llamados «derechos para la subsistencia e integridad física»⁶⁹⁹, lo que determina que en la actualidad los servicios de salud han pasado a constituirse en una de las más complejas y costosas responsabilidades asumidas por el Estado y las distintas administraciones públicas, en aras a garantizar para todos los ciudadanos una atención sanitaria básica —ya que de hecho la salud y la enfermedad están distribuidas de forma muy desigual—, lo que para John Rawls identifica a una de las cuestiones institucionales en aras a garantizar la efectividad y el justo valor de las libertades⁷⁰⁰.

De este modo, nuestra Carta Magna muestra su especial receptividad ante una de las inquietudes y demandas más generalizadas entre las opiniones públicas de todos los países desarrollados, y que cuenta a su favor con el amplísimo apoyo popular que se dispersa a los sistemas de protección social. Apoyo a la vez extenso e intenso, y generalizado en todas las comunidades desarrolladas, especialmente en las europeas, donde se ha acogido el concepto de salud postulado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), cuando se define a esta como «el estado de completo bienestar físico, psíquico y social»⁷⁰¹. La propia expresión protección social

⁶⁹⁹ JOHN RAWLS (1921-2003), *Political Liberalism*, edición ampliada, New York, 1996, pág. 258 (trad. cast., *El liberalismo político*, Ed. Crítica, Grupo Editorial Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1996).

⁷⁰⁰ ROBERT SPAEMANN, «Die totale Gesundheit», en *Deutsche Zeitung*, catorce de febrero de 1975, trad. al cast. como *La salud total* (1975), en ID., *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, trad. cast. de Javier Fernández Retenaga y José Mardomingo Sierra, del original *Grenzen. Zur ethischen Dimension des Handelns* (J. G. Cotta'sche Buchhandlung Nachfolger GmbH, Stuttgart, 2001), Colección «Ética y Sociedad», Eiusa (Ediciones Internacionales Universitarias, SA), Madrid, 2003, págs. 321-323.

⁷⁰¹ PEDRO ESCRIBANO COLLADO, *El derecho a la salud*, Cuadernos del Instituto García Oviedo-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1976; ANTONIO-EN-

es de las más prestigiosas y de las que están dotadas de una carga emotiva más favorable en la retórica pública de cualquier sociedad desarrollada.

Derecho a la protección de la salud que tiene su correlativo lógico en el diseño de una adecuada política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos «a los que (los poderes públicos) prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos» (artículo 49 de la Constitución española), así como en la atención a través de los pertinentes servicios asistenciales, a los ciudadanos de la llamada «tercera edad» (artículo 50 de la CE), en la defensa de la salud de los consumidores (artículo 51 de la CE), y en el propósito constitucional de «promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida» («Preámbulo» de la CE), entre otros instrumentos, a través de la defensa de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45.1 de la CE)⁷⁰².

Es preciso decirlo, de forma expresa, abandonando al hacerlo el limbo de las distancias y las equivalencias en el que, por rutina o desidia, a veces consciente, a veces inconsciente, más de una vez nos instalamos: la monografía que aquí se presenta —producto de la colaboración de dos de nuestros primeros espadas del Derecho, y de una de las mejores promesas por su inteligencia, capacidad de trabajo y aptitudes para la investigación, que apunta en el horizonte de nuestros iuspublicistas— realizada desde el sereno racionalismo ilustrado y las firmes convicciones democráticas asumidas por sus autores, amén ya de ofrecer, como de hecho ofrece —con el conocimiento acabado de la materia objeto de estudio—, un instrumento útil para los juristas, para todos los estudiosos del Derecho que adoptan el punto de vista externo, e incluso para los ciudadanos legos en la materia.

En la medida en que se trata de autores comprometidos de manera plena con el rechazo y la crítica a las concepciones dominantes y a las condiciones que presenta el contexto político, económico y social en que vivimos, que conoce el predominio de un molde de racionalidad única y calculadora de medios y fines que eliminan a los sujetos necesitados⁷⁰³; en

RIQUE PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Colección «Temas clave de la Constitución Española», Editorial Tecnos, SA, Madrid, 1984, págs. 196.

⁷⁰² Vid. al respecto las colaboraciones de EMILIA BEA PÉREZ, «Los derechos sociales ante la crisis de bienestar», y de ERNESTO J. VIDAL GIL, «Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado libertad social y democrático de Derecho», en el *Anuario de Filosofía del Derecho* (Ministerio de Justicia, Madrid), Nueva Época, vol. X, 1993. Vid. JOSÉ CAZORLA PÉREZ, «Política Social» (voz), en J. J. GONZÁLEZ ENCINAR (editor), *Diccionario del sistema político*, Ediciones Akal, Madrid, 1984.

⁷⁰³ LUC FERRY y ALAIN RENAUT, «Droits-libertés et droits-créances», en *Droits Revue Française de Théorie Juridique* (Presses Universitaires de France, Paris), 1985, vol. II,

medio de todo un contexto en el que se está produciendo un aparentemente imparable proceso de mercantilización de la realidad —con la conversión de todos los componentes de la vida social en elementos que, en principio, pueden comprarse o venderse—, constituye un loable empeño, que resulta especialmente digno de reconocimiento y elogio si —como es el caso— nuestros constituyentes, a la hora de agrupar en un título común al heterogéneo conjunto de preocupaciones, búsqueda de soluciones y acciones sociales y económicas de los poderes públicos de una democracia atinentes a asegurar, o satisfacer, determinadas finalidades sociales, lo hicieron sirviéndose de la discutible y problemática fórmula, o categoría analítica, «Principios rectores de la política social y económica»⁷⁰⁴.

Demandas, derechos y expectativas de derechos, que han tomado cuerpo en los llamados —en atención al mayor o menor predominio de su contenido normativo, y al criterio cronológico (esto es, en consideración al momento histórico en que se produjo su incorporación a los catálogos de las correspondientes declaraciones) entre otros por el profesor de la Universidad Libre de Bruselas, Guy Haascher y por el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad brasileña de Sao Paulo Celso Lafer⁷⁰⁵—, derechos humanos de segunda generación⁷⁰⁶ (derechos económicos, sociales

págs. 75-84; ID., *Des droits de l'homme à l'idée republicaine*, Col. «Philosophie politique. Recherches politiques», Presses Universitaires de France, Paris, tercera edición, 1992; ID., *L'Ere d'individualisme*, Editions Gallimard, Paris, 1989.

⁷⁰⁴ CELSO LAFER, *Ensayos liberales*, trad. cast. de Stella Mastrangelo, Colección «Breviarios del Fondo de Cultura Económica», Fondo de Cultura Económica, México, 1993; ID., *La reconstrucción de los derechos humanos: un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, trad. cast. de Stella Mastrangelo del original, *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt* (Editora Schwarcz y Ltd., Sao Paulo, 1991), Sección de Obras de Política y Derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 1991, págs. 144-155.

⁷⁰⁵ MIGUEL ANGEL APARICIO PÉREZ, «El Estado social en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en el volumen colectivo *Estudios sobre el Estado social*, Madrid, 1993, págs. 30 y sigs.; IGNACIO ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, págs. 91-100; MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, «Una clasificación de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos* (Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid), vol. IV; J. WALDRON, «Rights», en R. GOODIN y P. PETTIT, *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Blackwell, Oxford (Great Britain), 1997; JOSÉ-LUIS CASCAJO CASTRO y BENITO DE CASTRO CID *et alii*, *Los derechos humanos. Significado jurídico y sistema*, Serie de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979; GREGORIO ROBLES MORCHÓN (n.1948), *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Ed. Civitas, Madrid, 1992; RAMÓN SORIANO, *Valores jurídicos y derechos fundamentales*, Editorial Madrid, 1999; ID., *Las libertades públicas: significado, fundamentos y estatuto jurídico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

⁷⁰⁶ ALESSANDRO PIZZORUSSO, «Las generaciones de derechos», en *Anuario de Jurisprudencia Constitucional* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid), vol. V, 2001, págs. 291-307 (trad. cast. de Daniel Berzosa López).

y culturales) y derechos humanos de la tercera generación (los también llamados «derechos de solidaridad»), adoptando una expresión habitualmente empleada respecto cierta clase de máquinas⁷⁰⁷.

La aparente congruencia y valor explicativo del modelo de las generaciones de los derechos a los fines de ilustrar el curso de la historia de los derechos, quiebra en ocasiones, ya que no siempre es del todo cierto que los derechos de la segunda generación sean todos ellos cronológicamente posteriores a los derechos de la primera generación. Toda vez que algunos de los derechos políticos fundamentales —en principio comúnmente considerados como derechos pertenecientes a la categoría de los derechos de primera generación— de hecho emergieron cronológicamente con posterioridad a algunos de los derechos sociales y económicos —derechos, en principio, de segunda generación, en la lectura también común de los mismos.

De nuevo hay que volver a los textos constitucionales francés e italiano inmediatamente posteriores a la conclusión de la Segunda Guerra Mundial. Circunstancia que nos suministra un argumento más confirmatorio de la tesis de Jean Rivero acerca de las grandes semejanzas que presentan las Constituciones francesas de 1946 y la italiana de 1948, fruto de ideologías y políticas comunes que han operado en ambos países de forma similar, a despecho de una historia constitucional diversa; la tendencia general del constitucionalismo de la segunda postguerra mundial se manifestaba, sobre todo, en una regulación minuciosa de las instituciones, una cierta restricción de las libertades económicas y la enumeración de derechos políticos, sociales y económicos concretos⁷⁰⁸. En el «Preámbulo» de la Constitución francesa de 1946 se destacaba que «la Nación asegura a todos, principalmente a los niños, a las madres y a las trabajadoras ancianas la protección de la salud». Pero es en la Constitución italiana de 1947 en

⁷⁰⁷ A. AMORTH, *La Costituzione italiana*, A. Giuffrè Editore, Milano, 1948; EMILIO CROSA (n. 1885, editor), *La Constitution italienne de 1948*, trad. al francés a cargo de Maryse Meynard y Georg Garmier, con «Introduction» de Jean Rivero, Cahiers de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, vol. XVIII, Librairie Armand Colin, Paris, 1950; ID., *Corso di Diritto costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Torino, dos volúmenes, 1950 (hay tercera edición, revisada y actualizada, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1951).

⁷⁰⁸ SILVIO BASILE, «Los valores superiores. Los principios fundamentales y los Derechos y libertades públicas», en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y MARTÍNEZ-CARANDE y ALBERTO PREDIERI, *La Constitución española de 1978*, ob. cit., eb. cit., págs. 253-305, la cita en págs. 260-261; ALFONSO RUIZ MIGUEL, «Derechos, libertades y derechos sociales», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Alicante), núm. 15-16, 1994, vol. II, págs. 301-312; PEDRO DE VEGA GARCÍA, «Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los Derechos fundamentales)», en *Anuario de Derecho Constitucional y P...*, núm. 6, 1994, págs. 411-456.

donde por primera vez se recoge en el articulado de la Norma Fundamental el texto más explícito hasta aquella fecha: «La República protege a la salud como fundamental derecho del individuo en interés de la colectividad, y garantiza las curas gratuitas a los indigentes».

Algunos tratadistas, al pronunciarse sobre la pertinencia o la idoneidad de la expresión «Principios rectores de la política social y económica» que da título al citado Capítulo III, no pueden dejar de criticar esa denominación por entender que si bien en el rótulo se habla de principios rectores, en distintos artículos del mismo capítulo (43, 44, 45-49) se prefiere denominarlos derechos. Oscilación terminológica que puede generar perplejidad, pero que no dudan en imputar a la impericia o pereza de nuestros constituyentes a la hora de redactar estas disposiciones con tan escaso rigor terminológico.

IV.5. Con todo, lo cierto es que el título «Principios rectores de la política social y económica» ha terminado por convertirse en expresión canónica, y como tal plenamente consolidada en el lenguaje de la dogmática constitucionalista.

Mediante dicho rótulo se hizo posible aglutinar a un exuberante conjunto, absolutamente heterogéneo, de derechos, promesas políticas de difícil concretización, objetivos a cumplir en la mayor parte de los casos por los poderes públicos, de demandas, necesidades y preocupaciones sociales que en parte conformaban las proyecciones del Estado social de derecho configurado en nuestra Constitución, por encima de diferencias ideológicas y controversias partidistas, y en parte permiten corregir los más graves desequilibrios con un efecto estabilizador de la estructura económica existente que no es otra sino la iniciativa económica privada (artículo 41 de la Constitución, «la libertad de empresa») en el marco de la economía de mercado (artículo 38 de la Constitución) y el respeto, en todo caso, por parte de las leyes que regulan el ejercicio de los derechos de propiedad y empresa, de su «contenido esencial» (artículo 53.1 de la Constitución). Otra fórmula procedente de la Ley Fundamental de Bonn (artículo 19.2: Wesensgehalt)⁷⁰⁹.

⁷⁰⁹ PABLO LUCAS VERDÚ, voz, «Principios rectores de la política social y económica», en ID. (compilador), *Prontuario de Derecho Constitucional*, Editorial Comares, Colección «Ciencia Política y Derecho Constitucional», Granada, 1996, págs. 346-347; para el maestro Lucas Verdú «los principios rectores de la política social y económica deben concebirse no como normas programáticas cuya aplicación más o menos indefinidamente se retrase, sino como normas promotoras y renovadoras a tenor del artículo 9.3. de la Constitución española». En síntesis, los citados principios serían propiamente normas promotoras y renovadoras, encaminadas a establecer una sociedad democrática avanzada. «En este sentido dichas normas promovedoras originan auténticos derechos» (la cita en pág. 347).

En cualquier caso no puede dejar de reconocerse que los redactores del Capítulo III de la Constitución, pusieron de manifiesto en los debates del proceso constituyente las diferentes concepciones sociopolíticas en presencia sobre la materia, y muy especial, las distintas actitudes sostenidas a la hora de establecer su regulación. Disposiciones y principios que en el pasado se habían dado en calificar como «normas programáticas», por entender que se inscriben con plenos títulos entre aquellas normas que no eran aplicables de forma directa, sino que requerían de la oportuna «interpositio legislatoris»⁷¹⁰.

En las normas del citado Capítulo III del Título I de la Constitución española se explicitan las funciones reformadoras que el apartado 2 del artículo 9 asigna a los poderes públicos. A veces el constituyente utiliza la dicción derechos, en otras ocasiones no se sirve de esta denominación, y las configura como situaciones de participación (artículo 48) o de protección asegurada (artículo 39) o de defensa garantizada (artículo 51)⁷¹¹. En todo caso, se trata de normas jurídicas que están dotadas de un carácter eminentemente programático. Siendo en una medida no menor normas orientativas de la actuación de los poderes públicos.

Hay quien las califica de proyecciones concernientes a un conjunto de temas en principio bastante dispar: a la protección económica, jurídica y social de la familia, a la atención de los trabajadores como sector social especialmente protegido, a la protección integral de los hijos con independencia de su filiación, y determinadas categorías de ciudadanos que la Constitución considera situados en alguna particular situación de desventaja (jóvenes, disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, ancianos...), a la promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta personal y regional más equitativa, relativas a la protección de determinados bienes y servicios como la política sanitaria, a la orientación de la política económica (reconocimiento de la economía de mercado como marco obligado de la libertad de empresa, reconocimiento de la iniciativa económica pública en la actividad económica...), a la regulación de la seguridad social con el compromiso de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, a la tutela y promoción del acceso a la cultura, a la promoción de la ciencia y de la investigación científica...

⁷¹⁰ MASSIMO MORINI, «Aspectos esenciales de la relación entre Estado y Economía en una Constitución de la crisis», en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE y ALBERTO PREDIERI (directores), *La Constitución española de 1978...*, ob. cit., eb. cit., págs. 362-407, la cita en pág. 384-385.

⁷¹¹ GÉRARD GENETTE (n. 1944), *Soglie. I distorni del testo*, Einaudi Editore, Torino, 1989, págs. 91 y sigs.; LEO H. HOCK, *La marque du titre*, Mouton, La Haya-Paris-New York, 1981, págs. 203 y sigs.

Se ha recordado hasta el «ritornello» que nuestros constituyentes, a la hora de integrar estos derechos, trataron de evitar un proceso de fragmentación y de jerarquización de los derechos que ha generado, además, conmociones profundas en las formulaciones teóricas y en la práctica política de nuestro Estado de derecho⁷¹².

Así se intentaba presentar como si constituyesen un conjunto armónico, lo que en puridad era solo una mera adición o yuxtaposición de preocupaciones, demandas, aspiraciones y acciones de tipo social, concernientes al despliegue de un papel activo por parte del Estado en la esfera social y económica.

Prolija enumeración de derechos y de expectativas de derechos, directamente vinculada con la definición del Estado como Estado Social. Derechos y expectativas a los que se atribuye una atenuada fuerza, con respecto a otros derechos y expectativas, y que más de un intérprete de nuestra norma fundamental considera definitorios del núcleo del Estado Social que supone (Herman Heller dixit) «la extensión del Estado de Derecho a la esfera del trabajo y de los bienes». Estado Social que la Constitución reconoce y, a la vez, promueve. Esta disposición que amalgama objetivos excepcionalmente variados ha generado un no menos variado juego normativo, doctrinal y jurisprudencial, del que se viene haciendo eco desde la entrada en vigor de nuestra Constitución una importante, tanto por su calidad como por su cantidad, producción bibliográfica.

La doctrina debate acerca de cual puede ser la nota definitoria común a los heterogéneos preceptos que se cubren bajo el rótulo «Principios rectores de la política social y económica». Una de las tesis que mayor acogida han encontrado entre nuestros constitucionalistas ha sido la de sostener que el único elemento definitorio común del conjunto de preceptos que abre el Capítulo III del Título I de la Constitución es la prevalencia que en el mismo se atribuye a la dimensión objetiva sobre la subjetiva.

Otros autores como Jesús Pérez Royo, conjeturan que acaso el único elemento que atribuye cierta unidad a lo que tanto por su contenido como por su estructura jurídica resulta un heterogéneo conjunto normativo (más bien mera yuxtaposición de reglas de pormenorizado a la vez que heterogéneo alcance) —Capítulo III del Título Primero de la Constitución española— sería el régimen jurídico que se contempla en el párrafo tercero del artículo cincuenta y tres: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación

⁷¹² MIGUEL ANGEL APARICIO PÉREZ, *Introducción al sistema político y constitucional español. Constitución de 1978*, Colección «Ariel Quincenal», Editorial Ariel, Barcelona, noviembre de 1980, págs. 71-71; ID., *Introducción al sistema político constitucional español*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

La eficacia normativa pues, de los principios rectores requiere la interposición del legislador, a fin de que lo que en puridad tiene tan solo la condición normativa de expectativas de derechos, lleguen a ser derechos o intereses plenamente tutelables.

De tal manera que el conjunto de preocupaciones de carácter social que contempla el Capítulo III del Título Primero de la Constitución, habilitan el ejercicio de una pertinente acción transformadora de los poderes públicos; si bien no es menos cierto que la operación jurídica interpretativa de determinación de su contenido, significado y alcance normativo se encuentra cargada de dificultades.

Tal y como se ha apuntado, este conjunto de normas de carácter social en puridad no confieren derechos de forma inmediata, al no estar incluidas entre los derechos cuya justiciabilidad deriva directamente de la Constitución, si bien no por ello se les puede considerar como meros enunciados lingüísticos («flatu vocis») sin fuerza normativa alguna. En el Estado constitucional los principios no sólo tienen la condición de normas jurídicas fruto de una decisión política voluntarista o decisionista, sino que, desde su justificación interna, introducen en el sistema de Derecho una fuerte carga axiológica que reclama su proyección efectiva en el orden jurídico positivo⁷¹³.

⁷¹³ PEDRO DE VEGA GARCÍA, «La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)», en MIGUEL CARBONELL (editor), *Derechos fundamentales y Estado...*, ob. cit., eb. cit., págs. 691-692. Vid. LUIS AGUIAR DE LUQUE, «Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados: estado de la cuestión», en *Actualidad Jurídica*, núm. X, 1981; IGNACIO ARA PINILLA, «La semántica de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos* (Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense), núm. VI, 1990, págs. 23-38; MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, «Sobre la clasificación de los derechos humanos en la Constitución», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* («Servicio de Publicaciones»), Monografía 2, 1979, págs. 123-132; ID., «Derechos naturales o derechos humanos: un problema semántico», en el volumen colectivo *Política y Derechos humanos*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1976, págs. 15-31; ID., *Marx y los derechos humanos*, Editorial Mezquita, Madrid, 1982; JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, septiembre-diciembre de 1988, págs. 155-179; ID., TERESA FREIXES SANJUÁN, *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, 1992; ALFREDO GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Editorial Civitas, Madrid, 1994; JOAQUÍN GARCÍA MORILLO, *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; JESÚS GARCÍA TORRES y ANTONIO JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Editorial Civitas, Madrid, 1986.

El constitucionalismo del presente sitúa en la cúspide del sistema jerarquizado de derechos que despliega, aquellos derechos que los norteamericanos acostumbra identificar como derechos de posición preferente («preferred position»), que los juristas alemanes proponen calificar como derechos intangibles, y que en España es común designarles como derechos inviolables e inherentes a la persona. «Es precisamente a estos derechos, a los que la Constitución española otorga en el artículo 53, sin aparentes contradicciones, la protección del amparo. Pero es a costa del sacrificio definitivo de los derechos sociales no protegidos por el recurso, y de la consiguiente conversión del Estado social en un «concepto —según la clásica formulación de Massimo Severo Giannini— perfectamente inútil»⁷¹⁴.

La carga axiológica que incorporan los derechos fundamentales cobra especiales tintes cuando, como es el caso, se trata de derechos incorporados a instrumentos normativos internacionales de carácter vinculante, lo que supone un compromiso por parte de los Estados a satisfacerlos hasta donde sus recursos lo permitan, lo que convierte a su cumplimiento en una prioridad jurídica, bien cierto es que relativizada, ya que tan sólo genera el compromiso por parte de los Estados de «poner los medios para alcanzar un resultado», dejando amplísimos márgenes de discrecionalidad a sus destinatarios⁷¹⁵.

Se trata, bien cierto es, de reglas dotadas de indiscutible heterogeneidad, y para las que en verdad resulta difícil encontrar un denominador común, o una lógica transformacional que nos suministre la cumplida cuenta de sus sucesivos avatares. Si las reglas son de por sí heterogéneas, no puede desconocerse que a su vez han alcanzado muy diversos grados de concreción en la acción desarrollada al efecto por los poderes públicos a lo largo del tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del texto constitucional.

En todo caso no parecen que se encuentren dotadas de una garantía constitucional tan clara e inequívoca, así al menos lo entiende la mejor doctrina al efecto (Martín Bassols Coma, Francisco-Javier Catalá Villa-

⁷¹⁴ LORENZO MARTÍN-RETORTILLO Y BAQUER, IGNACIO DE OTTO Y PARDÓ, *Derechos fundamentales y Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1988; ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ PUJALTE, «Los derechos humanos como derechos inalienables», en el volumen dirigido por JESÚS BALLESTEROS LLOMPERT, *Los derechos humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, págs. 86-99; ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, «Utopía y realidad de los derechos humanos», en *Persona y Derecho*, núm. XXIII, 1990; A. PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, la cita en págs. 41-74; GUSTAVO ZAGREBLESKY, *Il diritto mitte: legge, diritto, giustizia*, 1992; ID., *El derecho dúctil: ley, derecho, justicia*, trad. cast. de Marina Gascón, Editorial Trotta, tercera edición, Madrid, 1999.

⁷¹⁵ PEDRO DE VEGA GARCÍA, «La eficacia frente a particulares...», art. cit., en el vol. colectivo cit., pág. 692.

nueva, Edorta Cobreros Mendazona, Jorge de Esteban Alonso, Pilar Garrido Gutiérrez, Ángel Garrorena Morales, María-Dolores González Ayala, Pedro-José González Trevijano, J. Jiménez Campo, Massimo Morini y Javier Pérez Royo, J. Porras Azkona...). Tratadistas que, ciertamente con matices y alguna importante diferencia de criterio, fundamentalmente sin concordes a la hora de insistir en que el esquema normativo que acoge el propio constituyente insinúa o expresa, acaso de forma deliberada, la conciencia implícita de su difícil realización⁷¹⁶. Sobre todo al carecer nuestra Constitución de una previsión de «inconstitucionalidad por omisión» como la que, por el contrario, sí que contiene la Constitución portuguesa actualmente vigente en su artículo 279, confirmando así que muy probablemente sea el texto constitucional más progresista en lo que concierne a sus potencialidades transformadoras⁷¹⁷.

V. CRISIS DEL ESTADO DEL BIENESTAR. EL EMERGENTE MODELO DEL ESTADO POSTSOCIAL O ESTADO ESCASO⁷¹⁹. LA PROGRESIVA DESLEGITIMACIÓN DE LA ACCIÓN POLÍTICA COMO MECANISMO DISTRIBUIDOR DE RIQUEZA⁷²⁰

V.1. Nos encontramos ante una temática que estando en sí y por sí misma dotada, como de hecho lo está, y de acuerdo con todas las eviden-

⁷¹⁶ MANUEL DÍEZ DE VELASCO y J. M. SOBRINO HEREDIA, «La política social internacional», en *Garantía internacional de los derechos sociales*, Madrid, 1990, pág. 24; JOSÉ-ANTONIO PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organismos Internacionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, pág. 226.

⁷¹⁷ IAN CULPITT, *Welfare and Citizenship: Beyond the Crisis of the Welfare State*, Colección «Politics and Culture», Sage, London, 1992; MARTIN HEWITT, *Welfare Ideology and Need: Developing Perspectives on the Welfare State*, Barnes and Noble Books, Harvester, Wheatsheaf, 1992; GUIDO M. REY y GIAN CESARE ROMAGNOLI, *In defensa del Welfare State*, Franco Angeli Editore, Milano, 1993; MIGUEL SATRÚSTEGUI y GIL-DELGADO, en el volumen colectivo de LUIS LÓPEZ GUERRA *et alii*, *Derecho Constitucional*, vol. I, «El ordenamiento constitucional», págs. 400 y sigs.

⁷¹⁸ J. BRAGE CAMAZANO, «La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho comparado. El caso español», en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid), núm. LVIII, 2000, págs. 275 y sigs.; D. RIBES, «Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative», en *Revue Belge de Droit Constitutionnel* (Bruxelles), 1949, núm. 3, págs. 237 y sigs.

⁷¹⁹ Tomo la expresión «Estado escaso» de LORENZO MARTÍN-RETORTILLO Y BAQUER, «Reflexiones generales sobre el principio de separación de poderes», en JUAN-CARLOS CASTRO LORIE (compilador), *Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz*, vol. colectivo ya cit., ed. cit., págs. 581-595, la cita en pág. 582, y suscribo sus tonos críticos. Estado que «no ha llegado a atender a una destacada franja de la población que requirió de ciertos cuidados y atenciones, cuando se postula reducir el Estado en naciones como la nuestra que, dentro de una

cias disponibles, de un excepcional interés, sin duda ha cobrado una especial, a la vez que una mayor relevancia con ocasión de la extendida toma de conciencia acerca de los límites, tanto técnicos como orales⁷²¹, del ambicioso proyecto redistributivo que suponía el Estado social⁷²². Conciencia

arraigada tradición europea, mejor o peor ha logrado articular desde hace tiempo una serie de servicios o infraestructuras —escuela obligatoria, red de comunicaciones, servicios eléctricos, telefónicos y de correos, organización sanitaria, presencia efectiva de autoridades de uno y otro orden, y así un largo etcétera (recuérdese la fórmula tan gráfica que anunciaba Joaquín Costa al filo del anterior cambio de siglo, cuando propugnaba el objetivo de «Despensa, Escuela e Higiene»)—. Estado escaso que no hay que confundir con el «Estado ligero», que hoy se auspicia como alternativa al deterioro de la función histórica de Estado centralista burocrático, como instrumento de la constitución de un nuevo poder económico capaz de realizar funciones de orientación y civilización del desarrollo económico, y apto para desarrollar funciones de cohesión social que sean compatibles con formas mínimas de asistencialismo (F. BRUNI ROCCIA, «Souranità dello Stato, moneta e finanza», en C. JEAN (editor), *Mortè e riscoperta dello Stato - nazione*, Franco Angeli, Milano, 1991; JACQUES CHEVALLIER, *L'Etat postmoderne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence», Col. «Droit et Société. Serie Politique», Paris, 2003; K. OHMAE, *La fine dello Stato nazionale. L'emergere della economie regionale*, trad. it. del original, «The End of the Nation State-The Rise and Fall of Regional Economies» (1995), Baldini & Castoldi, Milano, 1995).

⁷²⁰ MICHAEL HILL (n. 1937) (editor), *Income maintenance policy*, International library of comparative public policy», Edward Elgar Pub, Cheltenham-Northampton, 2000; ID., *Understanding social policy*, Blackell, Oxford, tercera edición, 1988 (hay sexta edición de 2000); MICHAEL HILL y GLEN BRAMLEY, *Analising social policy*, Basil Blackwell, reimprección de la primera edición, Oxford, 1990; JESÚS HUERTA DE SOTO, *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*, Unión Editorial, Madrid, 1992; ID., «Ecología del Mercado», en ID., *Estudios de Economía Política*, Unión Editorial, Madrid, 1994, págs. 217-228; BRIAN LUND, *Understanding state welfare: social justice or social exclusion?*, Sage Ltd., London, 2002; FRED C. PAMPEL y JOHN B. WILLIAMSON, *Age, class, politics and the Welfare State: A comparative Study*, Colección «The Arnold and Caroline Rose monographies of the American Sociological Association», Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), 1989; AVELINO MANUEL QUINTAS, *Anali del bene concience*, Colección «L'uomo e la società», Bulzoni, Roma, segunda edición, 1988.

⁷²¹ HUGHES DUMONT y PIERRE-PAUL VAN GEHUCHTEN, «Présentation», al volumen *Actualités constitutionnelles de la construction européenne*, número monográfico de *Droit et Société. Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique* (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - 2^{tr}, Paris), núm. 53, 2003, págs. 9-13; JEAN-MARC FERRY, *Dix Thèses sur la question de l'Etat européen*, en el cit. número monográfico de *Droit et Société. Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique*, págs. 13-28, la cita en pág. 23; ID., *Puissances de l'expérience*, Le Cerf, Paris, 1991; ID., *La question de l'Etat européen*, Ed. Gallimard, Paris, 2000.

⁷²² JÜRGEN HABERMAS (n. 1929), «La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas», en *Ensayos políticos*, trad. cast. de Ramón García Cotarelo, Ed. Península, Barcelona, 1988, pág. 119; PIERRE ROSANVALLON (n. 1948), *Le crise de l'Etat providence*, Col. «Points Politiques», Ed. Seuil, Paris, 1981 (hay edición en Colección «Points Essais», Ed. Seuil, Paris, 1992; hay trad. cast. con «Estudio introductorio» de ALEJANDRO ESTRUCH MANJÓN, *La crisis del Estado Providencia*, Colección «Biblioteca Civitas Economía y Empresa, Colección Economía», Editorial Civitas, Madrid, 1995).

cia generalizada que ha puesto en entredicho el alcance mismo de la capacidad asistencial del Estado y su disponibilidad, y hasta idoneidad para responder con eficiencia a las demandas sociales, con la consiguiente necesidad (se habla incluso de urgencia) de redefinir la lógica y «la filosofía» que habían definido e informado tanto las regulaciones estatales de la economía, como las políticas sociales del Estado del Bienestar⁷²³ («Wohlfahrtsstaat»), y de proceder al reconocimiento debido del papel fundamental que en todo caso debiera corresponderle a la resurgida sociedad civil. Una sociedad civil que se quiere sea cada vez más activa y consecuente de su papel en la vida pública, en la discusión y en la solución de los problemas sociales y económicos.

Estado del Bienestar que algunos intérpretes identificaron en tiempos pretéritos como aquel Estado configurado como el producto resultante de la culminación de todo un proceso racionalizador del poder político y económico, en el que se produce una «conciliación objetiva» o un «acuerdo tácito» entre capital y el trabajo⁷²⁴, y cuyos inicios se remontan a los primeros momentos de la Modernidad. Proceso racionalizador de tránsito a un Estado pluriclasista⁷²⁵ que termina urgiendo de un modo acuciante la puesta en marcha de formas de intervención normativas y redistributivas del Estado y del gasto público, a partir de las nuevas necesidades que a su vez plantean y hasta urgen los procesos de industrialización, de modernización, de democratización y de acumulación del capital⁷²⁶, lo que generó

⁷²³ JUAN-RAMÓN CAPELLA HERNÁNDEZ, «Estado y derecho ante la mundialización: Aspectos y problemáticas generales», en JUAN-RAMÓN CAPELLA HERNÁNDEZ (coordinador), *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 83-121; V. NAVARRO, *Globalización económica, poder político y Estado del Bienestar*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000, págs. 100 y sigs.; GIOVANNA PROCACCI, «Ciudadanos pobres, la ciudadanía social y la crisis del Estado del Bienestar», en S. GARCÍA y S. LUKES (editores), *Ciudadanía: Justicia social, identidad y participación*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1999, págs. 15-44.

⁷²⁴ CARLOS DE CABO MARTÍN, «La crisis del Estado social», en GREGORIO CÁMARA y JUAN CANO BUESO, *Estudios sobre el Estado Social. El Estado social y la Comunidad autónoma andaluza*, Parlamento de Andalucía-Editorial Tecnos, Madrid, 1993, págs. 13-29, la cita en pág. 14; ID., *La crisis del Estado Social*, PPU, Barcelona, 1986, págs. 20 y sigs.; JOSÉ-TOMÁS RAGA GIL (n. 1938), «La quiebra del Estado de Bienestar», en *Veintiuno. Revista de Pensamiento y Cultura* (Fundación Cánovas del Castillo, Madrid), núm. 5, primavera de 1990; ID., «La crisis del Estado de Bienestar», en *XII Jornadas sobre vertebración de la sociedad española* (Salamanca, 27 y 28 de mayo de 1997), en *Cuadernos de Sociedad* (Fundación Independiente, Madrid), núm. 12, 1997.

⁷²⁵ MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970, tomo I, pág. 48.

⁷²⁶ P. FLORA y J. HEIDENHEIMER, *Modernization, Democratization, and the Development of Welfare States in Western Europe and America*, Transaction Books, London, 1981; ERIC J. HOBBSWAM, *En torno a los orígenes de la Revolución industrial*, trad. cast., Siglo XXI, Ed. Buenos Aires, 1972; J. O'CONNOR, *La crisis fiscal del Estado*, trad. cast., Editorial Pe-

una etapa en la que se consideraba que la situación normal del capitalismo occidental era aquella en la que se conocía un elevado nivel de empleo, un crecimiento económico rápido y una estabilidad⁷²⁷ en equilibrio dinámico.

Estado del Bienestar que entró en crisis con la depresión económica de finales de la década de los setenta, y que conoció su máximo desarrollo entre los años 1950 y 1979, con la combinación feliz del fordismo industrial y la extensión de la protección social, y mediante la consagración —en su política básica de sustentación de la demanda agregada— de un tipo de «gasto improductivo», empleado en consumos sociales, así como a través de la aplicación efectiva de una serie de programas de política social y económica, con el fin dar salida a los excedentes económicos en continuo crecimiento —evitando los riesgos de sobreacumulación y de estancamiento—, procediendo en su caso a redistribuir el excedente económico y la riqueza entre todos los miembros de la sociedad de una manera más justa e igualitaria, protegiendo a la franjas cada vez más numerosas de ciudadanos de la caída en la pobreza, y proporcionándola equipamientos y prestaciones de servicios médicos, educativos, sociales y de vivienda⁷²⁸.

Un complejo entramado de fenómenos de muy diverso signo permiten intuir, y hasta consignar como un hecho que ya se ha instalado entre nosotros en la condición de dato, el inicio de una nueva era, de un nuevo modelo de Estado y de un nuevo paradigma de desarrollo que privilegia el mercado, la competitividad y la maximización de las ganancias individuales. Por destacar algunos de los fenómenos de este tipo, que están condicionando a la morfogénesis de los sistemas económicos y sociales del Occidente capitalista, consignaremos como más representativos: la irrupción

nínsula, Barcelona, 1981; H. L. WIELINSKY, *The Welfare State and Equality*, University of California Press, Los Angeles (California), 1975.

⁷²⁷ MICHAEL KICHOM, *El capitalismo occidental de la postguerra*, trad. cast. de José-Antonio Carranza y Fernando Calleja, del original *Western capitalism since the war* (Penguin Books, Weidenfeld and Nicolson, London, 1970), Ediciones Guadarrama, Madrid, 1971, pág. 15.

⁷²⁸ J. M. BLEDA GARCÍA, «El Estado de Bienestar», en OCTAVIO UNA (editor), *Diccionario de Sociología*, Editorial Verbo Divino, Navarra, 2002; ID., *El Estado de Bienestar en la Comunidad de Castilla-La Mancha*, Toledo, 2001, pág. 11; R. CASILDA BÉJAR y J. M. TORTOSA (editores), *Pros y contras del Estado del Bienestar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996; J. R. DÍEZ COLLADO, *El bienestar social. Concepto y medida*, Ed. Popular, Madrid, 1994; GOSTA ESPING-ANDERSEN (n. 1947), *Social Foundations of Postindustrial Economies*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1999; T. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Estado de Bienestar: perspectivas y límites*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1998; MICHEL KALECKI, «Aspectos políticos y de pleno empleo», en ID., *Sobre el capitalismo contemporáneo*, Ed. Crítica-Grijalbo, Barcelona, 1979, págs. 25-34; R. LÓPEZ LITA, *Comunicación: La clave del bienestar social*, El Drac, SL, Barcelona, 2000; NIKLAS LUHMANN, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, trad. cast., Alianza Editorial, Madrid, 1974.

de nuevos procesos sociales, la mundialización —con la internacionalización y la integración de los mercados (de bienes y servicios, de capitales y trabajo), la integración sistémica de la Economía a nivel supranacional⁷²⁹, la llamada desterritorialización de la economía⁷³⁰, y el subsiguiente estancamiento de la economía, junto con un debate cada vez más enconado sobre sus consecuencias—; la internacionalización del precio-producto, así como una serie variada de cambios sociales (desempleo máximo, inflación en parte no disparada (al menos no contenida), nuevas formas de la organización de la producción —con el tránsito de la empresa fordista a la empresa red y la progresiva segmentación del mercado de trabajo⁷³¹—, recursos insuficientes para afrontar el gasto público, la acción social y los servicios sociales crecientes en calidad y costes, pérdida de confianza en el sistema social del Estado del Bienestar⁷³² y, como no podía ser menos, una fuerte recesión económica) la revolución de las nuevas tecnologías y el proceso generalizado de cosmopolitización inevitable y progresivo de la vida pública, cultural y social, con la consiguiente intensificación de la circulación de bienes, servicios, tecnologías, capitales, comunicaciones e informaciones a nivel planetario⁷³³ (sin formas adecuadas de control, sin mecanismos efectivos de gobierno y de regulación), con la extensión de la *lex mercatoria* (un derecho global, espontáneo y uniforme⁷³⁴ que regula el comercio internacional sobre la base de la difusión internacional de prácticas contractuales del mundo de los negocios, sobre los usos del comercio internacional y la jurisprudencia de tribunales de arbitraje internacionales —ejemplo excelente de la hibridación de la oralidad y de la escritura jurí-

⁷²⁹ ARJUN APPADURAI, *Modernity at Large: Cultural Dimensions of Globalization*, Minnesota, 1996; ID., «Dead Certainty: Ethnic Violence in the Era of Globalization», en *Public Culture*, X, 2, invierno de 1998, págs. 225-247; AGNÈS BERTRAND, «La marche de la globalisation», en *Transversales*, núm. XXXVIII, marzo-abril de 1996; M. SAPHIRO, «The Globalization of Law», en *Journal of Global Legal Studies*, vol. I, núm. 1, 1993, págs. 37-64.

⁷³⁰ R. FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1992, págs. 25 y sigs.; J. M. TORTOSA, *Sociología del sistema mundial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992.

⁷³¹ FRANCESCO GALGANO, SABINO CASSERE, G. TREMONTI y T. TRECO, *Nazione senza ricchezza. Ricchezza senza nazioni*, Società Editrice il Mulino, Bologna, 1995.

⁷³² WOLFGANG KERSTING, *Theorien der sozialen Gerechtigkeit*, Verlag J. B. Metzler, Stuttgart, 2000; G. RODRÍGUEZ CABRERA, «Fundamentos teóricos de la política social», en L. MORENO y M. PÉREZ (editores), *Política social y Estado de Bienestar*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1992.

⁷³³ OCTAVIO IANNI, *A era do globalismo*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1999, págs. 11 y sigs.; RICHARD O'BRIEN, *Global Financial Integration: The end of geography*, Chatham House-Printer, 1992.

⁷³⁴ FRANCESCO GALGANO, *Lex Mercatoria*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 2001, pág. 238.

dica, en el que la oralidad a su vez aparece transformada por completo en relación a la tipología prevista por el paradigma de la Modernidad que la vinculaba estrictamente al poder político y la pensaba en la perspectiva sistemática y cerrada del Código—⁷³⁵ y la instalación y sólido asentamiento en el imaginario colectivo de la imagen dominante del «mercado global» y de la individualidad sin vínculos sociales, con la consiguiente mutación de los elementos que hacían posible la conciencia de un mundo de sujetos y de culturas que o ha desaparecido o, al menos, está en trance de hacerlo.

Un cúmulo tal de nuevas circunstancias, habría puesto en cuestión, en la última década, los fundamentos mismos de las políticas públicas sociales y fiscales que se habían venido llevando a la práctica, con relativo éxito, en aplicación del modelo y del proyecto socialdemócrata, y con vistas a tratar de, si no eliminar, sí al menos acortar las diferencias existentes⁷³⁶. Era del Estado de bienestar en un escenario que atribuía al Estado como indiscutida la función de promoción del bienestar económico colectivo, a la vez que legitimaba su poder de intervención, tanto en el terreno directamente productivo, para favorecer y dirigir las decisiones del capital, como en el terreno del excedente para satisfacer demandas y necesidades no cubiertas por el mercado y la iniciativa privada. De la crisis fiscal del Estado, cuya caracterización económica nos fue ofrecida por J. O'Connor, se ha pasado a la crisis del Estado Social⁷³⁷.

Bien puede afirmarse, y se ha convertido en una frase común en la sobreproducción bibliográfica que el tema ha generado, que tras el salto cualitativo que para el quehacer colectivo supusieron la aplicación y la puesta en práctica de las últimas o penúltimas medidas del Estado del Bienestar en aras de una sociedad equitativa y sin pobreza, éste se encuentra en vías de relativo o de generalizado agotamiento —hay interpretaciones para todos los gustos—, o al menos necesitaría de una profunda revisión, en medio de una serie de augurios que anuncian y hasta animan a que se proceda a su abierto e irreversible desmantelamiento, en base a que la propia ca-

⁷³⁵ MASSIMO VOGLIOTTI, «De l'auteur au rhapsode ou le retour de l'oralité dans le droit contemporain», en *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques* (Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles), vol. L, 2003, págs. 81-138, la cita en págs. 11-112.

⁷³⁶ ANTHONY GIDDENS, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Editorial Taurus, Madrid, 2000, págs. 13 y sigs. y 19-20; R. ROBERTSON, *Globalization Social Theory and global Culture*, Sage Limited, London, 1992, Cap. IX; SASKIA SASSEN, *Globalization and its Discontents: Essays on the New Mobility of People and Money*, The New Papers, New York, 1998; JOSÉ-TOMÁS RAGA GIL, «Nuovo Modello di Welfare State», en ALFONSO LÓPEZ TRUJILLO et alii, *Lexicon. Termini cambigui e discussi su famiglia, vita e questioni etiche*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2003, págs. 641-673.

⁷³⁷ MIGUEL-ÁNGEL APARICIO PÉREZ, «El Estado Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en GREGORIO CÁMARA VILLAR y JUAN CANO BUESO (editores y coordinadores), *Estudios sobre el Estado Social...*, ob. cit., ed. cit., págs. 47-71, la cita en pág. 50.

pacidad reguladora del Estado se ha puesto en entredicho⁷³⁸, habiéndose cuestionado el papel que pudiera corresponderle al Estado; un Estado que antes de la crisis energética de la década de los setenta del siglo pasado, era desmesurada, soberbiamente optimista, «se había hecho, incluso la ilusión de poder erigirse en Providencia y de asegurar así, no sólo la infraestructura vital de la comunidad, sino también el bienestar individual de todos y cada uno de los ciudadanos»⁷³⁹; en la creencia que el tránsito de las necesidades a los derechos sociales, y de estos a su efectiva realización equivaldría a la construcción de la ciudadanía social, que estaría implícita en la concepción de un Estado Social de Derecho, en el que los dos mecanismos de relación entre el aparato social y el conjunto social se articulaban con bases diferentes.

En el modelo de Estado del Bienestar, la política social había pasado a ser concebida como un instrumento autónomo de reforma social en el marco de un capitalismo regulado en expansión, en el que se produjo un crecimiento económico sostenido, con fuertes incrementos de la productividad, con pleno empleo, o al menos con una considerable reducción del porcentaje de parados, con la institucionalización de la negociación colectiva y con la consolidación de toda una cultura política y una opinión pública abiertamente favorable a la creciente oferta estatal de servicios colectivos y de prestaciones sociales.

Tal modelo de Estado en el que la legitimidad de la acción estatal se valora por su eficacia, por su capacidad de conseguir y mantener unas determinadas condiciones de vida⁷⁴⁰, contribuyó decisivamente, al concluirse la Segunda Guerra Mundial, allí donde echó raíces y alcanzó a imponerse al crecimiento económico. Favoreció además la modernización capitalista, estableciendo condiciones más idóneas a las hasta entonces

⁷³⁸ PEDRO MERCADO PACHECO, «El Estado comercial abierto: La forma de gobierno de una economía desterritorializada», en JUAN-RAMÓN CAPELLA HERNÁNDEZ (coord.), *Transformaciones del Derecho...*, op. cit., ed. cit., págs. 125-157, la cita en pág. 127.

⁷³⁹ TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (n. 1941), «Las transformaciones de los años setenta y la doctrina del neocorporativismo», en ID., *Panorama del Derecho administrativo al comienzo de su tercera centuria*, Fondo Editorial de Derecho y Economía-La Ley, SA, Buenos Aires, 2002, págs. 8-10, la cita en pág. 10; ID., «Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos», en *Revista de Derecho Político* (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid), núm. 15, 1982; JULIAN LE GRAND y RAY ROBINSON (editores), *Privatisation and the welfare state*, Allen and Unwin, London, 1984; BÉATRICE HIBOU (directora), *La privatisation des États*, Col. «Recherches internationales», Karthala, Paris, 1999; GÖRAN THERBORN, *The Western European Welfare State and its hostile world*, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, Fundación Juan March, Madrid, 1997.

⁷⁴⁰ GUARINO, «Efficienza e legittimità dell'azione dello Stato: la funzione della Ragioneria dello Stato nel quadro di una riforma della pubblica amministrazione», en *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1969, pág. 673.

existentes para la acumulación del capital, y funcionó como un sistema eficiente de distribución de recursos que permitió solventar, o al menos satisfacer en parte no menor, algunas de aquellas necesidades sociales que la sociedad llega a considerar básicas en un momento determinado de su desarrollo, como son la salud, la educación, unos niveles de ingresos económicos mínimos⁷⁴¹ y un sistema de atención social eficiente⁷⁴².

Hoy se ha producido la toma de conciencia en el cuerpo social de la progresiva quiebra y crisis (fundamentalmente, aunque no sólo, económica) por agotamiento de lo que se ha venido dando por etiquetar con distintos y bien expresivos rótulos, que van desde el programa reformador de la administración de F. D. Roosevelt dirigido a hacer frente a las nuevas condiciones sociales y económicas, identificado como «New Deal» (que abrió paso a una política económica teleológicamente orientada; frente a la concepción y las prácticas económicas de mercado competitivo y autorregulado⁷⁴³), al llamado «Welfare State» de la Europa nórdica, o el

⁷⁴¹ RAMÓN MARTÍN MATEO, *Liberalización de la Economía. Más Estado menos Administración*, Ed. Trivium, Madrid, 1988; PIERRE ROSANVALLON, *Le crise de l'Etat providence*, Ed. du Seuil, Paris, 1981, págs. 86 y sigs.; ID., *La crisis del Estado providencia*, trad. cast. y «Estudio introductorio» de Alejandro Estruch Manjón, Biblioteca Civitas Economía y Empresa. Colección economía, Ed. Civitas, Madrid, 1995; ANTONIO-JOSÉ PORRAS NADALES, *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, PPU, 1998; CLAUDIO ROSSANO, *Problemi di strutture dello stato sociale contemporaneo: lezione di dottrina dello stato*, Eugenio Jovene Editore, Napoli, 1978; N. TIMMS (editor), *Social Welfare: Why and How?*, Routledge and Kegan Paul, London, 1980.

⁷⁴² MARIO GAVIRIA, *La séptima potencia. España en el mundo*, Ediciones B, Barcelona, 1996, pág. 113.

⁷⁴³ RICHARD HOFSTADTER (1916-1970), *Social Darwinism in American Thought* (1944), Beacon Press, segunda edición, Boston, 1992 (hay ediciones anteriores en G. Braziller, New York); ID., *The American political tradition and the men who made it*, Twenty-fifth anniversary, sexta reimpresión, Alfred A. Knopf, New York, 1985 (hay trad. cast., *La tradición política americana y los hombres que la forjaron*, Biblioteca Breve de Bolsillo, Seix Barral, Barcelona, 1969, hay ed. de Fondo de Cultura Económica, trad. de Mariluz Caso en Colección «Obras de política y derecho»; ID., *The age of reform: from Bryan to FDR*, Col. Vintage Book, Vintage Books, New York, 1955; RICHARD HOFSTADTER, WILLIAM MILLER y DANIEL AARON (n. 1912), *The American Republic: from wilderness to world power*, vol. I: «To 1865/» y, Prentice Hall, 1959; RICHARD HOFSTADTER, *The American Republic since 1865*, Prentice Hall, 1963; ID., *Anti-intelectualismo en la vida norteamericana*, Col. «Semilla y Surco. Serie de Sociología», Editorial Tecnos, Madrid, 1969 (trad. cast. del original, *Anti-intelectualismo in American life*, Alfred A. Knopf, New York, 1963; RICHARD HOFSTADTER y WALTER P. METZGER, *The development of academic freedom in the United States*, Columbia University Press, New York-London, 1955; ID., *Los historiadores progresistas: Turner, Beard, Parrington*, Colección «Biblioteca de Historia. Serie Mayor», Ed. Paidós, Buenos Aires, 1970 (trad. cast. del original, *The progressive historians: Turner, Beard, Parrington*, Cape, London, 1969); RICHARD HOFSTADTER, WILLIAM MILLER y DANIEL AARON, *The structure of american history*, Prentice Hall, Englewood Cliffs (New Jersey), 1964; M. J. HORWITZ, *The transformation of American Law 1880-1960. The Crisis of Legal Orto-*

«Steuerstaat» («Estado fiscal» del que ya hablaba Joseph Schumpeter en 1918.

Propuestas todas ellas dirigidas a alterar o corregir el funcionamiento, o los efectos, de ciertos mecanismos del mercado, en aras a la consecución de unos resultados sociales y económicos más igualitarios, y que dieron lugar a un crecimiento evidente del tamaño y de las funciones del Estado. No puede sorprendernos que en aquél momento llegó a ser un lugar común hablar del megaestado⁷⁴⁴, del «Estado intervencionista» («desarrollista» o «keynesiano»), del Estado «social democrático», o del Estado basado en un «compromiso social democrático —denominación que hacía referencia a la combinación, por una parte, de una economía mixta (con mercado e intervención estatal) y transferencias sociales masivas, sindicatos que jugaban un papel importante y, por otra parte, de las instituciones políticas propias de una democracia liberal⁷⁴⁵— o del Estado Social, Estado del Bienestar o Estado Providencia (Pierre Rosanvallon)⁷⁴⁶.

doxy, Oxford University Press, New York, 1992; C. R. SUNSTEIN, «Lochner Legacy», en *Columbia Law Review*, vol. LXXXVII, núm. 5, 1987, págs. 879 y sigs.; N. H. WIECEK, *The Lost World of Classical Legal Thought: Law and Ideology in America, 1886-1937*, Oxford University Press, New York, 1998, págs. 3 y sigs. y 84 y sigs.

⁷⁴⁴ PETER FERDINAND DRUCKER, *La sociedad postcapitalista*, trad. cast. de María-Isabel Merino Sánchez, Colección «Clásicos del management», Ed. Apóstrofe, Barcelona, 1993, Cap. VI, pág. 125; ID., *La gestión en un tiempo de grandes cambios*, trad. cast. de María-Isabel Merino, Edhasa, Barcelona, 1996; ID., *La gran ruptura: perspectivas socio-económicas para el mundo del futuro*, Troquel, Buenos Aires, 1971 (hay ed. anterior, Ed. Roble, Buenos Aires, 1970); ID., *The new society: the anatomy of industrial order*, Harper and Row, New York-Evaston, 1962; ID., *La nueva sociedad: anatomía del orden industrial*, trad. cast. de Marta Mercader, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, segunda edición, 1974; ID., *Administración para el futuro: la década de los noventa y más allá*, trad. cast. de Jorge Cadenas Nannetti, Ed. Norma, sexta reimpresión, Barcelona, 1995.

⁷⁴⁵ CARLOS DE CABO MARTÍN, *La crisis del Estado Social*, Colección «Apuntes sobre Constitución y Política», PPU, Barcelona, primera reimpresión, 1986; ANGEL GARCÉS SANAGUSTÍN, *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*, McGraw Hill, Madrid, 1996; RAMIRO GRAU MORA, *Crisis del Estado de Bienestar*, Colección «Informe», Editorial Trivium, Madrid, 1984; VÍCTOR PÉREZ DÍAZ, *El retorno de la sociedad civil*, Capítulo II de ID., *La primavera de la sociedad civil. El proceso de formación de la España democrática*, Alianza Editorial, Madrid, primera reimpresión, 1994, págs. 75-144.

⁷⁴⁶ DOUGLAS ELLIOT ASHFORD, *La aparición de los Estados de Bienestar*, trad. cast., Colección «Historia Social», Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989; SAMUEL BRITTAN y STEVEN WEBB, *Beyond the Welfare State: An examination of basic incomes in a market economy*, Col. «Human paper», Aberdeen University Press, Aberdeen, 1990; LUDWIG ERHARD (1897-1977) *Libertad para todos*, recopilación y preparación a cargo de Wolfram Langer, trad. cast., de Enrique Tierno Galván (1918-1986), Unión Editorial, Madrid, 1989 (hay edición anterior, con «Prólogo» de Jesús Prados Arrarte, Colección «Biblioteca de Estudios Económicos», Fundación Ignacio Villalonga, Valencia, 1957); ID., *La economía social de mercado: Política económica de Alemania*, trad. cast. de Manuel Scholz y Emma Gifre, Omega, Barcelona, 1964; ID., *Economía social de mercado: su valor permanente*, Co-

El Estado del Bienestar, esa forma de considerar el papel del Estado en los países desarrollados a partir de mediados de la década de los cincuenta⁷⁴⁷ generó el asentamiento de un modelo de sociedad que conoció una fecunda interpenetración entre el Estado y el Mercado, en el que el Estado pasó a ser el garante del bienestar de la sociedad y de un mínimo de seguridad, a la vez que el impulsor del desarrollo económico: lo que hizo posible las tres décadas, calificadas, entre otros títulos, de «gloriosas», en las que se produjo la etapa de mayor expansión económica que haya conocido el Viejo Continente. Si bien la literatura suele calificar de época puritana, represiva y gris a los años cincuenta.

Circunstancia que determinó que los sectores sociales menos favorecidos en la estructura de poder vigente renunciase a la búsqueda y al seguimiento de soluciones radicales al margen de los cauces de reforma establecidos.

Estas y aun otras muchas denominaciones diferentes se han utilizado a los fines de poder identificar-calificar las políticas sociales emergentes a partir de los años treinta del siglo XX. Políticas sociales con las que se ofrecía una densa red institucional de seguridad frente a los riesgos sociales y personales de todo tipo, y con las que, al mismo tiempo se configuraban una serie de instituciones que permitieron articular simultáneamente el desarrollo capitalista y la democracia política⁷⁴⁸, forma política a la que suministraron una importante fuente de legitimación.

No han faltado publicaciones en las que se analiza, con el acierto y el rigor debidos, los orígenes del Estado de Bienestar como Estado que dispuso de un conjunto de instituciones públicas en aras a poder garantizar la efectividad de una serie de derechos sociales (pleno empleo, o mínima proporción de desempleados sobre el total de la población, servicios sociales con rango universal para cubrir las necesidades de seguridad, salud, educación y vivienda, y todo un conjunto de servicios asis-

lección «Empresa y humanismo», Ed. Rialp, Madrid, 1974; ID., *El retorno de Alemania a los mercados internacionales*, Ed. Palestra, Madrid, 1957; DAVID SCHMIDTZ y ROBERT E. GOODIN, *Bienestar social y responsabilidad individual*, trad. cast. de Izaskun Fuentes, «Prólogo» de Josep Ramoneda, Colección «A favor y en contra», Cambridge University Press, Madrid, 2000.

⁷⁴⁷ FRANCISCO SERRA GIMÉNEZ, «La crisis del Estado del bienestar» (1994), en ID., *Derecho y Política*, Ed. Argés, Madrid, enero de 1998, págs. 144-155.

⁷⁴⁸ ZYGMUNT BAUMAN, *La globalización: Consecuencias humanas*, trad. cast., Fondo de Cultura Económica, México, 2001; ANTHONY GIDDENS, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, trad. cast., Ediciones Taurus, Madrid, 2002; ID., *Modernización e identidad del yo. El yo y la sociedad en la época contemporánea* (1991), trad. cast., Ed. Península, Barcelona, 1995; ID., *Más allá de la izquierda y la derecha. El fruto de las políticas radicales* (1994), trad. cast., Editorial Cátedra, Madrid, 1996; ID., *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia* (1998), trad. cast., Editorial Taurus, Madrid, 1999.

tenciales para casos excepcionales de necesidad)⁷⁴⁹. Derechos que se trataba fueran ejercitables por la inmensa mayoría de los ciudadanos, desarrollados a través de políticas y programas de carácter y ambición redistributivas en base a la solidaridad intergeneracional, y apoyados en la categoría básica del ciudadano-trabajador como sujeto de derechos sociales⁷⁵⁰.

De esto, y de las distintas terminologías que dieron nombre al fenómeno en los diferentes países y culturas políticas («Estado positivo» en los Estados Unidos de Norteamérica, «Estado de Seguridad Social en el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, «Estado de Bienestar Social» en los países nórdicos de Europa⁷⁵¹), se ocuparon —en un estudio que ha merecido su conversión y reconocimiento como el clásico en la materia, publicado el año 1977— Edgar S. Furniss y Timothy Alan Tilton.

A la función benefactora del modelo de Estado intervencionista, en lo que tenía de institución que favorecía la modernización capitalista —actuando sobre los sectores en crisis, mediante la adquisición del capital desvalorizado, a la manera de lo que se llamó «Cruz Roja del Capitalismo»— y el desarrollo de la sociedad, habría que sumar la función legitimadora (que sin duda cumplió con éxito acreditado, generando un amplio consenso político y social en torno al sistema económico capitalista de mercado, y desactivando la amenaza a la estabilidad social por parte de los desposeídos y desocupados, a quienes con las políticas de lucha contra la pobreza y de regulación del mercado de trabajo característicos del Estado del Bienestar, y con la implementación por parte del Estado⁷⁵² de medidas paliativas de las situaciones de precariedad y/o carencia, se atenúan o desaparecen), las no menos importantes funciones de acumulación (tarea que realizó el Estado del bienestar con el apoyo y la protección al sector privado de la economía), y de reproducción (mediante la intervención del

⁷⁴⁹ RAMÓN CASILDA BÉJAR y JOSÉ-MARÍA TORTOSA (editores), *Pros y contras del Estado del Bienestar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996; A. COLOMER VIADEL, *Constitución, Estado y Democracia en el umbral del siglo XXI*, Nomos, Valencia, 1995, págs. 31 y sigs.; JOHN G. HEAD, *Public goods and public welfare*, Duke University Press, Durham (North Carolina), 1974.

⁷⁵⁰ ZYGMUNT BAUMAN, «Los usos de la pobreza», en ID., *La Sociedad individualizada*, trad. cast. de María Condor, Editorial Cátedra, Madrid, 2001; ANTHONY GIDDENS, *La Tercera Vía y sus críticos*, trad. cast., Editorial Taurus, Madrid, 2001.

⁷⁵¹ TIMOTHY ALAN TILTON, *The political theory of Swedish social democracy: thought the welfare state to socialism*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

⁷⁵² J. JACQUART, «Las sociedades en crisis», en P. LEÓN (director), *Historia económica y social del mundo*, trad. cast., Ediciones Encuentro, Madrid, 1978, vol. II; R. MILIBAND y M. LIEBMAN, «Beyond Social Democracy», en ROBERT MILIBAND, *Social democracy and After*, Merlin Press, London, 1986; A. PRZEWORSKI, *Capitalismo y socialdemocracia*, trad. cast., Alianza Editorial, Madrid, 1988.

Estado en el proceso de producción social del individuo: salario social y consumo social)⁷⁵³.

En el nuevo contexto, que se corresponde con un proceso de mutación de las fuerzas productivas a escala mundial, en el que parecía haberse quebrado la alianza histórica entre sociedad de mercado, Estado de Bienestar y Democracia, que ha coincidido con lo que parece ser un horizonte de crecimiento económico infinito, y consolidado propio de la etapa de modernización, los Estados de Bienestar adoptan estrategias de adaptación dirigidas a buscar el acomodo con los cambios sociales. La protección social conoce tiempos de cierta contención, y hasta de abierto retroceso, si bien, y contra todo pronóstico, de hecho en más de una circunstancia la intervención de los Estados en la actividad económica no siempre se ha reducido⁷⁵⁴, experimentando por el contrario, al menos en algunos ámbitos, más bien un cierto crecimiento⁷⁵⁵.

La crisis del Estado del Bienestar se proyectó en bastantes escenarios, fundamentalmente en la reducción del protagonismo del sector público estatal que había sido, en buena parte su buque insignia⁷⁵⁶, y concluyó por afectar a los ritmos de crecimiento de la economía occidental y a las formas de organización de las actividades, así como a las políticas públicas que habían estado vigentes, y no fueron ni pieza de escándalo ni apenas objeto de disputa o controversia, durante casi tres décadas⁷⁵⁷.

Crisis que si bien no puede asimilarse, ni parece razonable identificarla

⁷⁵³ JUAN GÓMEZ CASTAÑEDA, «Los límites económicos del Estado de Bienestar», en *Política y Sociedad* (Madrid), vol. XVIII, 1995, págs. 185-194; JOSÉ-TOMÁS RAGA GIL, «Hacia un Nuevo Estado del Bienestar. Una aproximación tomista», en *Doctor Communis. Pontifica Accademia Sancti. Thomae Aquinatis*, Vatican City, 2003, fasc. 2, págs. 115-167.

⁷⁵⁴ SABINO CASSESE, «E se la economie italiana venisse davvero privatizzata?». Un commento al saggio di Parboni», en *Stato e mercato*, núm. 15, 1985, págs. 159 y sigs.; ANTHONY GIDDENS y WILL HUTTON (editores), *En el límite. La vida en el capitalismo global*, trad. cast., Ed. Tusquets, Barcelona, 2001; JOHN GRAY, *Falso amanecer. Las enseñanzas del capitalismo global*, trad. cast., Ed. Paidós Ibérica, Barcelona, 2000; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, trad. cast., Ed. Sequitur, Madrid, 1999, págs. 9 y sigs.; JOSEPH STIGLIZ, *El malestar de la globalización*, trad. cast., Editorial Taurus, Madrid, 2002.

⁷⁵⁵ WILLIAM J. BAUMOL, *Welfare economics and the Theory of the State*, London School of Economics and Political Science-Harvard University Press, London, 1952; RICHARD M. TITMUS, *Política Social*, trad. cast., Editorial Ariel, Barcelona, 1981, págs. 182 y sigs.; ID., *Essays on the Welfare State*, Allen and Unwin, London, 1958; DEXTER WHITFIELD, *Public services or corporate welfare: rethinking the nation state in the global economy*, Pluto, London, 2001.

⁷⁵⁶ TOMÁS-RAÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Ideología y Comunidad Europea», en ID., *Panorama del Derecho administrativo en su tercera centuria*, ob. cit., ed. cit., págs. 33-36, la cita en pág. 33.

⁷⁵⁷ ALAIN MINC, *La máquina igualitaria*, trad. cast., Editorial Planeta, Barcelona, 1989, págs. 20-21; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, trad. cast., Ed. Sequitur, Madrid, 1989, págs. 9 y sigs.

con «la gran crisis» al estilo de las crisis económicas que afectaron a todo el orbe en los años veinte y treinta del siglo XX, toda vez que en este caso supone el entrecruzamiento de problemas a corto y a largo plazo, problemas simultáneamente específicos de grupo y estructurales, problemas al tiempo de carácter regional y central, que no nos sitúan como sucedió con el crack económico del veintinueve ante el riesgo de una abierta ruptura estructural, sino que generan la existencia de una pluralidad de crisis, con múltiples síntomas, con «toda una maraña de causas y de fases de la crisis de tipo económico, político-económico y económico-estructural, dentro y entre las sociedades, dentro y entre los subsistemas de sociedades»⁷⁵⁸, que dan el perfil de lo que los politólogos han llamado las «cross-cuttings-crisis».

Crisis de la que constituyen síntomas altamente elocuentes tanto las llamadas «necesidades postadquisitivas colectivas» (derechos civiles, servicios públicos, conservación de la Naturaleza, reivindicación de la identidad de grupos adscritos, propuestas de desarrollo alternativas...), cuya emergencia sucede siempre al aseguramiento de los niveles básicos de necesidades⁷⁵⁹ (y a la creencia de que la seguridad y el bienestar han sido ya

⁷⁵⁸ ULRICH VON ALEMANN, «Partidos populares, corporativismo y movimientos sociales en la República Federal de Alemania» (1985), en *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Nueva Época, núm. 48, noviembre-diciembre de 1985, págs. 135-143, la cita en págs. 135-136.

⁷⁵⁹ AGNES HELLER, «Los movimientos sociales como vehículo de cambio», en *Nueva Sociedad*, núm. 96, julio-agosto 1988, págs. 39-49; ID., *Beyond justice*, Basil Blackwell, Cambridge, 1987; ID., *Crítica de la Ilustración: las antinomias morales de la razón*, Colección «Historia, Ciencia y Sociedad», Ed. Península, Barcelona, 1984; ID., *La ética de la sociedad civil*, Colección Revista de Occidente, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, 1985; ID., *A Theory of Modernity*, Blackwell, Malden (Massachusetts), 1999; ID., *Teoría de las necesidades en Marx*, trad. cast. de J. F. Ivars, «Prólogo» de P. A. Rovatti, Col. Historia, Ciencia y Sociedad, Ed. Península, Barcelona, 1978; ID., *Una revisión de la teoría de las necesidades*, Col. «Pensamiento contemporáneo», «Introducción» de Angel Rivero, Editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 1996; ID., *Más allá de la justicia*, trad. cast. de Jorge Vigil, Ed. Crítica, Barcelona, 1990; ID., *Ética general*, trad. de Angel Rivero Rodríguez, Colección «El Derecho y la Justicia», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995; ID., *Historia y futuro: ¿sobrevivirá la modernidad?*, trad. de Montserrat Gurgui, Col. «Península Ideas», Ed. Península, Barcelona, 1991 (hay ed. de 2000); ID., *Teoría de los sentimientos*, trad. cast., Col. «Logos», Ed. Fontamara, Barcelona, 1985 (la primera edición es de 1980). AGNES HELLER y FÉRENC FÉHER (n. 1933), *Anatomía de la izquierda occidental*, trad. cast. de Marco Aurelio Galmarini, Colección «Historia-Ciencia-Sociedad», Editorial Península, Barcelona, 1985, págs. 213-226; ID., *El péndulo de la modernidad: una lectura de la era moderna después de la caída del comunismo*, trad. cast. de María del Carmen Ruiz de Elvira, Colección «Historia, ciencia y sociedad», Ed. Península, Barcelona, 1994; ID., *Políticas de la postmodernidad: ensayos de crítica cultural*, trad. de Montserrat Gurgui, Ed. Península, Barcelona, 1989 (hay ed. posterior de 1994 y 1998); ID., *The postmodern political condition*, Polity Press, Oxford, 1991; ABRAHAM MASLOW, *Motivación personalidad*, trad. cast., Ed. Sagitario, 2.ª edición, Barcelona, 1975, págs. 85-195.

conquistados, y definitivamente, a la manera de un derecho adquirido⁷⁶⁰, como la denunciada segmentación o disolución actual de la sociedad en intereses corporativos, que dificulta la realización del principio de posibilidad en el proceso de decisión estatales, principio que para Jeremy Bentham garantizaba la continuidad del racionalismo político, y que en la consideración de Immanuel Kant merecía el reconocimiento de principio trascendental del derecho público en cuanto permitía el control continuo de los mecanismos de poder por parte de una opinión pública vigilante⁷⁶¹.

A este respecto suelen recordarse los argumentos de una serie de politólogos, sociólogos y juristas del tipo de Philippe C. Schmitter⁷⁶², G. Lehmbruch⁷⁶³, Panich, Philip C. Jessup, Winker «e tutti

⁷⁶⁰ R. I. INGLEHART, *The silent revolution*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1977.

⁷⁶¹ ALBERTO OLIVET PALÁ, «Democracia, publicidad y concentración social», en *Revista de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados, Madrid), vol. XXXVIII, segundo cuatrimestre de 1996, págs. 153-192; ID., *Liberalismo y democracia en crisis*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

⁷⁶² GUILLERMO O'DONNELL, PHILIPPE C. SCHMITTER y LAURENCE WHITEHEAD (compiladores), *Transiciones desde un gobierno autoritario*, vol. I: «Europa meridional», Paidós, Estado y Sociedad, Paidós, primera reimpresión, Barcelona, 1994 (con «Prólogo» de Abraham F. Lowenthal); ID., *Transiciones desde un gobierno autoritario*, vol. II: «América Latina», primera reimpresión, Ed. Paidós, Barcelona, 1994; ID., *Transiciones desde un gobierno autoritario*, vol. III: «Perspectivas comparadas», primera reimpresión, Ed. Paidós, Barcelona, 1994; GUILLERMO O'DONNELL y PHILIPPE C. SCHMITTER, *Transiciones desde un gobierno autoritario*, vol. IV: «Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas», trad. Cast., Biblioteca Estado y Sociedad, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1988; PHILIPPE C. SCHMITTER, *Interest Conflict and Political Change in Brazil*, Stanford University Press, Stanford (California), 1971; ID., *Comparative politics at the crossroads*, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, Madrid, 1991; ID., «Corporatism is dead!, long live corporatism», en *Government and Opposition*, 1989, vol. XXIV, págs. 54 y sigs.; ID., *Corporate democracy: Oxymoronic? Just plain Moronic? or a Promising Way out of the Present Impasse?*, Stanford University Press, 1988, págs. 40 y sigs.; PHILIPPE C. SCHMITTER e IMCO BROUWER, *Conceptualizing, researching and evaluating democracy promotion and protection*, European University Institute, Florence, 1999; ID., *The Corporatist Sisyphus: Past, present and future*, European University Institute, Department of Political and Social Sciences, Florence, 1997; ID., *Intermediaries in the consolidation of neo-democracy: the role of parties, associations and movements*, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 1997; SHORFIELD, *Modern Capitalism: The changing Balance of Public and Private Power*, Oxford University Press, Oxford, 1975; WOLFGANG STREECK y PHILIPPE C. SCHMITTER, *Sage studies in neo-corporatism*, Sage, London, 1985; ID., *Private interest government: beyond market and state*, Sage studies in neo-corporatism, Sage Ltd., London, 1985; GERHARD LEHMBRUCH y PHILIPPE C. SCHMITTER, *Patterns of corporatist policy-making*, Sage modern politics, Sage, Beverly Hills, 1982.

⁷⁶³ G. LEHMBRUCH, «Liberal corporatism and party government», en *Comparative Political Studies*, núm. 10, 1997; GERHARD LEHMBRUCH y PHILIPPE SCHMITTER (editores), *Patterns of Corporatist Policy Making*, Sage, London-Beverly Hills, 1982.

quanti»⁷⁶⁴, quienes no han dudado en calificar a las sociedades actuales como sociedades abiertamente corporativistas (neocorporativistas se las denomina), y han ofrecido una descripción acabada de las mismas, conjeturando el advenimiento, más o menos inevitable, de un futuro lleno de riesgos.

Estaríamos entonces, de aceptar tales análisis y las correspondientes conclusiones, ante unas sociedades acusadamente neocorporativistas (o de concertación como algunos proponen denominarlas a fin de eludir las enojosas connotaciones del término en la Europa del Sur⁷⁶⁵). Sociedades, en las que la descomposición del individualismo social burgués estaría viviendo su ocaso definitivo, y en las que los grupos organizados en torno a intereses, concluyen por participar, con dudosa legitimidad para hacerlo, de una manera determinante en la adopción de decisiones en torno a las políticas públicas, de las que surgen normas y pautas que, de hecho, terminan por afectar, de un modo u otro, a la generalidad de los ciudadanos, que sin embargo no han participado en la adopción de medidas que les conciernen. El Estado habría pasado a ser mediador y «máximo garante de los acuerdos que establecen las grandes organizaciones entre sí, cuando no es él mismo una parte en causa, una contraparte»⁷⁶⁶.

A los fines de corregir o limitar los presumibles efectos de la presente crisis, en aras a la reconstrucción del tejido económico, o a la contención de su deterioro, se ha concluido por generar, y hasta imponerse, la emergencia de una progresiva liberalización comercial, de una creciente desregulación interna, así como de una expansiva privatización de la totalidad, o al menos de gran parte, de las empresas estatales existentes, a lo que hay que añadir la notable reducción del tamaño del gobierno y del Estado⁷⁶⁷.

⁷⁶⁴ PHILIP C. JESSUP, *Derecho Transnacional*, Colección «Sentido común», F. Trillas, México, 1967; ID., *A modern law of nations: an introduction*, Archon Books, 1968; ID., *Transnational law*, Storrs Lectures on Jurisprudence, Yale University, New Haven, 1956; PEDRO DE VEGA GARCÍA, *La eficacia frente a particulares...*, art. cit., en el vol. colectivo cit., pág. 694.

⁷⁶⁵ TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Las transformaciones de los sesenta y la doctrina del Neocorporativismo», en ID., *Panorama del Derecho administrativo al comienzo de su tercera centuria*, ob. cit., ed. cit., págs. 8-10, la cita en pág. 9; VÍCTOR PÉREZ DÍAZ, *España: un presente para el futuro*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1984; ID., *El retorno de la sociedad civil*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1987; I. SCHULTEN, *Political Stability and Neocorporatism*, Sage Ltd., London, 1987.

⁷⁶⁶ NORBERTO BOBBIO, *La crisis de la democracia y la lección de los clásicos*, Cap. I del volumen de NORBERTO BOBBIO, GIULIANO PONTARE y SALVATORE VEGA, *Crisis de la democracia*, trad. cast. del original italiano *Crisi della democrazia e neocontrattualismo* (Editori Riuniti, Roma), Editorial Ariel, Barcelona, 1985; NORBERTO BOBBIO, *El futuro de la democracia*, trad. cast., Plaza y Janés, Barcelona, 1985.

⁷⁶⁷ H. G. BLOCKER y E. W. SMITH, *John Rawls Theory of Social Justice. An Introduction*, Ohio University Press, 1980; G. BRENNAN y J. M. BUCHANAN, *La razón de las normas. Eco-*

—el «ogro filantrópico» al decir del ensayista y poeta mexicano Octavio Paz (1914-1992)—, agentes básicos del Bienestar Social.

Tales reducciones son, además, correlativas a la disminución del papel del Estado como agente económico de control, a la progresiva privatización de lo público —lo que constituye el reverso de la publicitación de lo privado, y por tanto, contraparte de lo que hasta hace relativamente poco tiempo se aceptaba como el proceso natural de desarrollo del Estado, con la gradual absorción de la sociedad en el Estado—, y a la adopción de una serie de medidas gubernamentales con vistas a garantizar un sistema de gestión de los bienes y de la Naturaleza sostenible, a la vez que viable para las generaciones futuras, y que, en todo caso, permita el mantenimiento de las llamadas «conquistas sociales» de mayor calado, aplicando, cuando sea preciso hacerlo, programas de recortes sociales con el propósito de reformar a fondo (desmantelar dicen los críticos) el Estado del Bienestar.

Estado del Bienestar que habría conseguido, en opinión no sólo de sus apologetas, además de atender a las necesidades más primarias de la población, facilitar o hacer posible el acceso a ciertos bienes básicos para todos los miembros de la comunidad⁷⁶⁸, regular el mercado, reavivar el consumo, a la vez que intentó, y en gran parte consiguió, reequilibrar la sociedad⁷⁶⁹, reduciendo algunas de las más escandalosas diferencias existentes⁷⁷⁰.

nomía política constitucional, trad. cast., Madrid, 1985; ROLANDO CORDERO RAMOS, «Mercado y equidad. De la crisis del Estado a la política social», en *Revista Internacional de Filosofía Política*; GONZALO MAESTRO BUELGA, *La constitución del trabajo en el Estado Social*, Colección «Crítica del Derecho. Derecho Vivo», Editorial Comares, Granada, 2002; SCOTT GORDON, «The New Contractarians», en *Journal of Political Economy*, núm. LXXXIV, 1976; CLAUS OFFE, *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Edición de John Keane, trad. cast. de Antonio Escobedo (n. 1941), Colección «Alianza Universidad. Ciencias Sociales», Alianza Editorial, Madrid, 2002 (hay edición en Editorial Patria, México, 1991); R. PLANT, H. LESSER y P. TAYLOR-GOODY, *Political Philosophy and Social Welfare*, Routledge and Kegan Paul, London, 1980; M. YAARI, «Rawls, Edgeworth, Shapley-Nash: Theory of Distributive Justice Re-examined», en *Journal of Economic Theory*, vol. XXIV, 1981; ROBERT PAUL WOLF, *Understanding Rawls. A Reconstruction and Critique of a Theory of Justice*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1977.

⁷⁶⁸ A. ARDIGÓ, «Dallo Stato assistenziale al Welfare State», en el volumen *Welfare State. Problemi e alternative*, F. Angeli Editore, Milano, 1983; I. COLLOZI, «Modelli di politica sociale e terza dimensione», en el volumen *La frontiere della politica sociale. Redistribuzione e nuova cittadinanza*, Franco Angeli Editore, Milano, 1985.

⁷⁶⁹ J. PICÓ LÓPEZ, *Teorías sobre el Estado de Bienestar*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1990, pág. 2; M. J. RUBIO LARA, *La formación del Estado Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

⁷⁷⁰ FRANCISCO-JAVIER LAPORTA SAN MIGUEL (n. 1945), «Sobre la precariedad del individuo en la sociedad civil y los deberes del Estado democrático», en el volumen colectivo *Sociedad civil o Estado*, Fundación Friedrich Ebert-Instituto Fe y Secularidad, Salamanca, 1988, págs. 307 y sigs.

V.2. Se ha dicho con cierta reiteración y desmesurado voluntarismo, que a la Filosofía del Derecho le cumple la destacada tarea de anticipar⁷⁷¹ las señales de lo nuevo, acaso porque se cree con el estudioso del hecho identitario y del multiculturalismo Charles Taylor que las Facultades de Derecho norteamericanas son centros dinámicos del pensamiento social y político en los «campus» universitarios de los Estados Unidos⁷⁷². En el ámbito de la filosofía política y de la teoría del Derecho académica contemporánea angloamericana, que mirada en su conjunto ofrece una riquísima variedad en constante redefinición, aunque no una condigna originalidad, esta crisis y la necesidad de aportar una respuesta apropiada al pluralismo moral y hegemónico, o al menos muy extendido, en la mayor parte de las sociedades tardomodernas, ha concluido por tomar cuerpo en las dos grandes corrientes que se han manifestado más cerradamente opuestas a reconocer como una de las funciones propias del Derecho a la llamada función promotora de intereses sociales, de derechos, bienes y servicios, y ha cristalizado a su vez en las dos grandes corrientes que se han propuesto, y lo han conseguido, reflatar el pensamiento individualista de corte neoconservador en torno a los temas de la justicia social, de la libertad y de la igualdad⁷⁷³, a través de lo que constituye la reviviscencia liberal⁷⁷⁴ en la que parecemos estar instalados desde la desaparición del socialismo real, reclamando el retorno al Mercado que según sus críticos en puridad nunca había existido tal y como se le añora⁷⁷⁵.

a) De una parte, el neoliberalismo radical y libertario de los defensores del Estado mínimo —una de las tres corrientes más significativas de la ética contemporánea en lengua inglesa, junto con el contractualismo y el utilitarismo—, representado en su mayor radicalismo por la teoría de la justicia de Robert Nozick⁷⁷⁶, que cristalizó en la que sin duda fue su obra

⁷⁷¹ PHILIPPE RAYNAUD, «L'anticipation américaine», en *Esprit* (Paris), núm. 212, junio de 1995, págs. 88-89.

⁷⁷² CHARLES TAYLOR, *Grandeurs et misères de la modernité*, trad. al francés del original en lengua inglesa, Bellarmin, Montreal, 1992, pág. 142; C. C. LILY, «Law Schools without Lawyers? Wind in Legal Education», en *Virginia Law Review*, vol. LXXX, 1995, págs. 1421-1435.

⁷⁷³ PAOLO COMANDUCCI, «Introduzione alla prima edizione» (1984), en ID., *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, segunda edición, Colección «Analisi e Diritto», G. Giappichelli Editore, Torino, 1991, págs. 9-12, la cita en pág. 9.

⁷⁷⁴ CARLOS RUIZ DEL CASTILLO Y CATALÁN DE OCÓN, «La política y la felicidad», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 100, julio-agosto 1958, págs. 5-19, la cita en pág. 5.

⁷⁷⁵ P. HENGSTENBERGER, «Profundización en la democracia», en *Estrategias en América Latina y Europa*, Fundación Friedrich Ebert en Argentina, ed. Nueva Sociedad, Caracas, 1989, pág. 131.

⁷⁷⁶ ROBERT NOZICK, *Philosophical Explanations*, Clarendon Press-The Belknap Press of Harvard University Press, Oxford-Cambridge, Massachusetts, 1981 (hay trad. it. a cargo de

más emblemática *Anarquía, Estado y Utopía* («*Anarchy, State und Utopia*», Oxford-New York, 1974). Texto de alta mordacidad, y no menor oportunismo⁷⁷⁷.

Publicación que determinó junto con *A Theory of Justice* («*Una Teoría de la Justicia*», Cambridge, 1971). —la primera gran publicación de conjunto, en la línea del pragmatismo contractualista, del filósofo norteamericano, moderado paladín del liberalismo igualitario o «liberalismo del bienestar»⁷⁷⁸, y padre refundador del contractualismo contemporáneo, John Rawls (1921-2003) y de su paradigma universalista matizado en *Political liberalism*⁷⁷⁹, abreviatura minada de su pensamiento político, que no se

G. Rigamonti, *Spiegazioni filosofiche*, Il Saggiatore, Milano, 1987); ID., *Anarchy State und Utopia*, Blackwell, Oxford, 1974; ID., *Anarquía. Estado y Utopía*, trad. cast. de Rolando Tamayo Salmerón, Fondo de Cultura Económica, México, 1988; ID., *The Examined Life. Philosophical Meditations*, Simon and Schuster, New York, 1989 (trad. italiana a cargo de G. Borimghieri, *La vita pensata. Meditazioni filosofiche*, Arnoldo Mondadori, Milano, 1990; trad. cast. de Carlo Gardini, *Meditaciones sobre la vida*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1992). Vid. M. JIMÉNEZ REDONDO, *Constructivismo. Rawls, Nozick*, Universidad de Valencia, 1983; VALERIA OTTONELLI, *Identità personale e diritti individuali in Robert Nozick*, Diss. di Laure, Faculté di Lettere e Filosofia, Università di Genova, 1990 (relator F. Baroncelli); NELL WALTON SENTER, «Nozick and Property Rights: Marginal Productivity», en *Arizona Law Review*, vol. XIX, núm. 1, 1977, págs. 158-168; JOSÉ RUBIO CARRACEDO, *Legitimación ética del poder: La utopía del Estado justo: De Platón a Rawls*, Ed. Rubio Esteban, segunda edición revisada, Valencia, 1985; KRISTEN BENTON WATERS, *The Demands of Libertarianism: Is Robert Nozick's Minimal State Justified*, Doct. Diss., The University of Connecticut, 1991; ROBERT J. YAMAL, «Notes on the Foundations of Nozick's Theory of Rights», en *The Personalist*, vol. LX, núm. 4, 1979, págs. 349-359.

⁷⁷⁷ JESÚS-IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA, «La recepción de Rawls en España», en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid), tomo III, 1986, págs. 609-632, la cita en pág. 609.

⁷⁷⁸ TOM CAMPBELL, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, trad. cast. de Silvina Alvarez, del original en inglés *Justice* (Palgrave, 1988 y 2001), Editorial Gedisa, SA, Barcelona, septiembre de 2002, pág. 19 y Capítulo III: «La justicia como título: Nozick y la propiedad», págs. 57-77.

⁷⁷⁹ JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1971 (trad. cast. de María-Dolores González Soler, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1979); ID., *Political liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993; ID., *El liberalismo político*, trad. cast. de Antoni Domènech, Ed. Crítica, Barcelona, 1996; ID., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London, 1999; ID., *El Derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*, trad. cast. de Hernando Valencia Villa, Ed. Paidós, Barcelona, 2001; ID., *Lectures on the History of Moral Philosophy*, compilación de Barbara Hermann, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London, 2000 (trad. cast. de Andrés de Francisco, *Lecciones sobre Historia de la Filosofía Moral*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001); ID., *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, selección, traducción castellana y «Presentación» de Miguel Ángel Rodilla, Editorial Tecnos, Madrid, 1986 (hay reimpresión de 1999); ID., *Justice as Fairness*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London, 2001; ID., «Justice as Fairness Political not Metaphysical», en

ocupa tanto de justificar o legitimar la actividad política, como de establecer principios de justicia social—, en un mundo académico competitivo, y ávida de novedades, un detonante y una auténtica revolución en la reflexión moral, que ha encontrado internacionalmente un éxito fulgurante, generando el renacimiento de la filosofía política normativa en el mundo académico angloamericano saturado de metaética, con la recuperación de la sustancia y los temas de la filosofía clásica⁷⁸⁰, desde las reflexiones aristotélicas sobre la justicia, lo que a su vez alimentó renovadamente un prolongado debate internacional sobre la justicia procesal, la justicia como equidad y los principios de justicia públicos, abstractos y definitivos. «*Anarchy, State and Utopia*» suele ser considerada, no sin argumentos, como la publicación en la que se ofrece la respuesta más original a John Rawls en clave libertaria⁷⁸¹. Todas las teorías que en la jurisprudencia norteamericana derivan de las concepciones de John Rawls, Ronald Dworkin y Robert Nozick reciben el nombre de teorías «rights based», toda vez que abordan el Derecho desde el ámbito de la reflexión moral.

Dentro de la corriente de aquellos que reclaman la vuelta a los esquemas y principios del liberalismo clásico, Robert Nozick refleja una visión

Philosophy and Public Affairs, vol. XIV, núm. 3, 1985, págs. 223-251; ID., *Collected Papers*, editados por Samuel Freeman, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London, 1999; R. P. WOLFF, *Understanding Rawls*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1977.

⁷⁸⁰ CARLOS R. ALBA TERCEDOR y FERNANDO VALLESPÍN, «El neocontractualismo de A Theory of Justice de John Rawls: Una introducción a la literatura», en *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), Nueva Época, núm. 8, marzo-abril de 1979, págs. 223-250; B. BARRY, *The Liberal Theory of Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1973; ID., *La teoría liberal de la justicia*, trad. cast. de Heriberto Rubio, Fondo de Cultura Económica, México, 1993; ID., *Theories of Justice*, University of California Press, Los Angeles, California, 1989; ID., *Teorías de la justicia*, trad. cast. de Cecilia Hidalgo, Editorial Gedisa, Barcelona, 1994; ID., *Justice as Impartiality*, Clarendon Press, Oxford, 1995; ID., *La justicia como imparcialidad*, trad. cast. de José-Pedro Tosaus Abadía, Ed. Paidós, Barcelona, 1997; JOHN GRAY, *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*, trad. cast. de Mónica Salomón del original, *Two faces of Liberalism* (Polity Press-Blackwell Publishers Ltd., Cambridge, 2000), Ed. Paidós, Barcelona, 2001; ROBERTO GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de teoría política*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999; PILAR GONZÁLEZ ALTABE, *John Rawls: una concepción política y liberal de la justicia*, Novo Século, Padrón, 1993; JOSÉ-IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA, *La teoría de la justicia de John Rawls*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985; FERNANDO DE VALLESPÍN OÑA, *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.

⁷⁸¹ ROBERT NOZICK, «Weighted Voting and One-Man One Vote», en J. ROLAND PENN-COCK y JOHN W. CHAPMAN (editores), *Representation*, Atherton Press, New York, 1969; ID., «Coercion», en SIDNEY MORGENSESSER, R. SUPPES y M. WHITE (editores), *Philosophy, Science and Method. Essays in Honor of Ernst Nagel*, St. Martin's Press, New York, 1969, págs. 440-472.

actualizada, además de discutible, del pensamiento de John Locke (1632-1704) que desarrolla a partir del principio de libertad, a la que adiciona argumentos a favor de su tesis que tienen o responden a una fundamentación asentada sobre intuiciones morales. En Nozick los derechos tienen una existencia que antecede a su tutela jurídica. Son «exogenous determinid», esto es, un prius respecto a su propio reconocimiento en cualquier legislación⁷⁸². La justicia libertaria se centra más en la estructura normativa libertad que en la estructura normativa igualdad, ya que pese a asumir la necesidad de garantizar la igualdad formal, de tal manera que las personas son iguales con respecto a su igual posesión de idénticos derechos, no por ello acepta, sino que más bien rechaza, y lo hace además abiertamente, que el ejercicio de tales derechos iguales debiera producir necesariamente una igualación material de las condiciones y las posiciones sociales y económicas⁷⁸³, frente a las existentes de partida. Visión en la que Nozick —cuya posición se identifica con la rama del libertarismo a la que se ha propuesto catalogar de «minianarquista», en la que situarían los partidarios de un Estado mínimo— de un Estado en el que al gobierno sólo le deba corresponder la protección policial, la vigilancia de los contratos y la defensa nacional⁷⁸⁴, atribuye al Estado como única función propia, y como única fuente legitimadora, la exclusiva tarea de velar por el óptimo desarrollo de las capacidades de las personas. El Estado, el gobierno, no tendrían otros derechos o competencias que aquellos que se les reconocen con vistas a que pueda satisfacer las finalidades para las que se instituyen las prerrogativas que se le confieren⁷⁸⁵. Rechaza también Nozick que se pueda sostener razonablemente la existencia de algún tipo de deber cívico de los ciudadanos a la asunción de sacrificios y privaciones, que vayn más

⁷⁸² W. Z. HIRSCH, *Law and Economics: An Introductory Analysis*, New York, Academic Press, New York, 1979, págs. 8-9.

⁷⁸³ TOM CAMPBELL, «Justicia e ideología», en ID., *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, ob. cit., trad. cast. cit., págs. 18-20, la cita en pág. 18; DEXTER WHITFIELD, *The Welfare State privatisation, deregulation, commercialisation of public service alternative strategies for the 1990's*, Pluto Press, London, 1990.

⁷⁸⁴ Voz «Libertarismo», en DAVID MILLER (editor), *Enciclopedia del pensamiento político*, trad. cast. de María-Teresa Casado Rodríguez y Miguel Requena Díez de Revenga, del original en inglés *The Blackwell Encyclopedia of Political Thought* (Basil Blackwell, Oxford, 1987), Colección «Alianza Diccionarios», Alianza Editorial, SA, Madrid, 1989, págs. 353-355; J. WOLFF, *Robert Nozick: Property, Justice and the Minimal State*, Polity Press, Cambridge (United Kingdom), 1991; ID., *An Introduction to Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1996.

⁷⁸⁵ B. L. BENSON, *The Enterprise of Law. Justice without State*, Pacific Research Institute for Public Policy, San Francisco, 1990; L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'état. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Presses Universitaires de France, tercera edición, Paris, 1987; ID., *La métamorphose de la démocratie*, Editions Odile Jacob, Paris, 1989.

allá de las distribuciones de los títulos de propiedad que haya realizado el mercado entre propietarios legítimos. La justicia requeriría un sistema económico universal. En el entendimiento de que los derechos de propiedad y las leyes contractuales no son propiamente meras convenciones sociales, o leyes que puedan variarse o adaptarse a los cambiantes requerimientos de tiempo y lugar, sino aplicaciones directas de los derechos humanos universales⁷⁸⁶.

En *Anarchy, State and Utopia* se ofrece un auténtico, a la par que fuerte alegato deslegitimador contra cuantos intentos se propongan distribuir, o postulen que otros lo hagan, las cargas y los beneficios de acuerdo con patrones fijos⁷⁸⁷, en la convicción de que el modelo igualitario en la hipótesis de que se aplicara, produciría una situación que requería imperiosamente tener que estar procediendo a constantes interferencias de tipo compensatorio en la libertad individual⁷⁸⁸, y en el entendimiento de que las diferencias de riqueza y renta, las desigualdades que de hecho existen, al menos como las que existen en los países industriales avanzados dotados de democracia representativa, nunca constituyen propiamente una injusticia que requiera recurrir al remedio restaurador de la acción política, en la medida en que dichas diferencias no dejan de ser, en su mayor parte, sino consecuencias o efectos derivados de las decisiones libres de los individuos respecto al uso de su talento y sus recursos en el marco de una eco-

⁷⁸⁶ JOHN GRAY, «Tolerancia liberal», Cap. I de ID., *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*, trad. cast. de Monica Salomón del original en inglés *Two faces of Liberalism* (Polity Press-Blackwell Publishers Limited, Cambridge-United Kingdom, 2000), Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2001, págs. 11-46, la cita en pág. 27; ID., *Beyond the New Right. Markets, Government and the Common Environment*, Routledge and Kegan Paul, London-New York, 1993, págs. 76-92.

⁷⁸⁷ ROBERT NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Blackwell, Oxford, 1974 (trad. cast. de Rolando Tamayo Salmorán), Fondo de Cultura Económica, México, 1988; V. VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, Paris, 2002; DEXTER WHITFIELD, *The Welfare State: privatisation, deregulation, commercialisation of public service. Alternative strategies for the 1990's*, Pluto Press, London, 1992.

⁷⁸⁸ ALAN BLOOM (n. 1930), «Justice: John Rawls Vs. Tradition of Political Philosophy», en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. LXIX, 2, 1995, págs. 648-668; ROBERT NOZICK, «Distributive Justice», en *Philosophy and Public Affairs*, 1973, vol. 3, págs. 45-126; ANTONIO J. PORRAS NADALES, «Contractualismo y neocontractualismo», en *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), Nueva Época, núm. 4, septiembre-octubre 1984, págs. 14-41; ID., «El Estado Democrático Avanzado. Problemas de delimitación, conceptual y metodológica», en JUAN-IGNACIO FONT GALÁN y PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Estudios Jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Córdoba, Facultad de Derecho, 1991, tomo II, págs. 385-424; ID., *Introducción a una Teoría del Estado Postsocial*, PPU, Barcelona, 1988; ID., «El derecho intervencionista del Estado», en *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), Nueva Época, núm. LXIII, 1989.

nomía libre de mercado⁷⁸⁹, a la que se debería dejar que actuara con absoluta autonomía y sin interferencia de ningún tipo, de conformidad con el lema clásico: «laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même»⁷⁹⁰. Hace menos de un año el otrora representante de un «soi-disant» marxismo analítico, Leszek Kolakowski (n. 1927) expresó con excepcional economía discursiva una crítica a todo proyecto constructivista que sin duda hubiera podido suscribir, y acaso en sus propios términos Norbert Nozick: «El deseo de detectar leyes históricas ha llevado a mucha gente a concebir al capitalismo y al socialismo como sistemas globales, diametralmente opuestos entre sí. Pero no hay comparación posible. El capitalismo se desarrolló espontánea y orgánicamente a partir de la expansión del comercio. Nadie lo planteó y no tuvo necesidad de ninguna teoría omnicompreensiva, mientras que el socialismo fue una construcción ideológica. En última instancia el capitalismo es la naturaleza humana en acción —es decir, la codicia de los seres humanos actuando en libertad—, mientras que el socialismo es un intento de institucionalizar e imponer por la fuerza la fraternidad. Parece obvio a estas alturas que una sociedad en la que la codicia es la principal motivación de los seres humanos, y a pesar de todos sus aspectos repugnantes y deplorables, es incomparablemente mejor que una sociedad basada en la hermandad obligatoria, ya sea en el socialismo nacional o internacional»⁷⁹¹.

Pedro de Vega ha identificado, con la presteza y rigor que incorpora a todos sus análisis, las claves de esa enorme ola neoliberal que nos invade —«fundamentalismo del mercado» al decir de George Soros⁷⁹²— sumada a la vocación generalizada de finiquito que ha generado el importante vocablo «positivismo»⁷⁹³: «En un prodigioso ejercicio de prestidigitación

⁷⁸⁹ GOSTA ESPING-ANDERSEN (n. 1947), *The three worlds of welfare capitalism* (1990), Princeton University Press, Princeton, New Jersey, reimpresión, 1993 (hay edición posterior, 1997); ID., *Los tres mundos del estado del bienestar*, trad. cast. de Begoña Arregui Luco, Alfons el Magnànim-Institució valenciana d'estudis i investigació, Generalitat Valenciana, 1993; ALEX CALLINICOS, *Igualdad*, trad. cast. de Jesús Albores, del original *Equality* (Polity Press, 2000), Colección «Temas para el siglo XXI», Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, marzo de 2003, págs. 24-25; ID., *Against postmodernism: a marxist critique*, Polity Press, Cambridge (UK), 1989.

⁷⁹⁰ ALBERT O. HIRSCHMAN, *The rhetoric of reaction: perversity, futility, jeopardy*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London, 1991; PEDRO DE VEGA GARCÍA, *En torno a la crisis de las ideas de representación y legitimidad en la democracia actual*, ob. cit., ed. cit., pág. 14.

⁷⁹¹ LESZEK KOLAKOWSKI, «What is left of Socialism?», en *First Things*, octubre de 2002.

⁷⁹² GEORGE SOROS, *La crisis del capitalismo global. La sociedad abierta en peligro*, trad. cast., Editorial Debate, Madrid, 1999, págs. 61 y sigs.

⁷⁹³ HUGO ABBAI OCHOA, «Escenas de la vida filosófica», en *Cuadernos Hispanoamericanos* (Agencia Española de Cooperación Internacional, Madrid), núm. 624, junio de 2002, págs. 7-16, la cita en pág. 7.

histórica, política y social, pretende el neoliberalismo reconstruir la legitimidad democrática alojando, como el liberalismo inicial, la problemática de la legitimidad política, no en el ámbito del Estado, sino en la órbita de la sociedad: Nada proclive a buscar criterios para legitimar al Estado, lo que se hace entonces es abominar de él y condenarlo. Hayek, que no duda en proclamar que la acción del Estado es el mejor camino hacia la servidumbre, añadirá inmediatamente que no es el mercado el que se justifica desde el Estado, sino que, a la inversa, son el estado, la libertad y la democracia —en un asombrosa confusión de planos y categorías— la que adquiere su explicación y legitimidad desde el mercado»⁷⁹⁴.

De otra parte, b) el ala que considero —de acuerdo con el código de selección que entiendo más pertinente— dotada de mayor capacidad sistematizadora de la amplísima y en cierta medida heterogénea y discontinua (suelen diferenciarse dos generaciones en el movimiento, la primera —Ronald Coase, Gary Becker, Aaron Director, Richard A. Posner...— participaba de la confianza en las funciones del derecho con el método cuasicientífico de la economía, la segunda —«New Haven School»— «Reformist School» adopta una posición más pragmática y racional sobre el tema⁷⁹⁵), corriente del análisis económico del Derecho (*Law and Economics*), cuya obra supuso un punto de inflexión en el desarrollo de la teoría del derecho (al entender que entre todas las ciencias sociales, la Economía presentaba las condiciones más favorables a la hora de ofrecer soluciones correctas a los problemas jurídicos⁷⁹⁶), que se personalizaría sustancialmente en dos autores: Richard A. Posner (n. 1939, juez federal y profesor de Derecho en la Universidad de Chicago, autor que parece estar derivando hacia una concepción neopragmatista y narrativista en línea con el pensamiento liderado a este respecto por Richard Rorty (n. 1931), su teoría de la justicia, al igual que sucediera con la de Nozick en línea con el heraldo intelectual del movimiento, Murray N. Rothbard⁷⁹⁷ del libertarismo

⁷⁹⁴ PEDRO DE VEGA GARCÍA, *En torno a la crisis de las ideas de representación y legitimidad en la democracia actual*, ob. cit., ed. cit., págs. 25-26.

⁷⁹⁵ GARY MINDA, «The Law and Economics and Critical. Legal Studies Movements in American Law», en N. Mercuro (editor), *Law and Economics*, Kluwer, Dordrecht, 1989.

⁷⁹⁶ GARY MINDA, «Law and Economics», en ID., *Teorie postmoderne del diritto*, Col. «Saggi», Società Editrice Il Mulino, Bologna, 2001 [trad. al italiano de Cristina Colli, edición cuidada y presentada (págs. VII-XIX) por Mauro Barberis, del original en inglés, *Post-modern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York-London, 1995], Cap. V, págs. 141-176, la cita en pág. 141.

⁷⁹⁷ MURRAY N. ROTHBARD, *Ethics of Liberty*, Humanities Press, Atlantic Highlands, New Jersey, 1982; ID., *Man, Economy and State*, Institute for Humane Studies, Menlo Park, California, 1970; ID., *Power and Market*, Institute for Humane Studies, Menlo Park, California, 1970.

desde la Segunda Guerra Mundial, ofrece un alegato entusiasta a favor de las tesis del libertarismo capitalista⁷⁹⁸ sobre las funciones legítimas del gobierno, y G. Calabresi⁷⁹⁹ (Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, y que representó el punto de vista del «normative economic analysis of law», autor de los primeros textos del *Análisis económico del Derecho*, desde una óptica liberal-reformista de la que participaba A. M. Polinsky, R. Cooter, J. Coleman, L. A. Korhnhauser y B. Ackermann, corriente de la escuela que encuentra su fundamentación en la teoría económica de Pigou y su teorema fundamental de la Economía del Bienestar, que sostiene que en un mercado de competencia perfecta se produce una situación de equilibrio y de máxima eficiencia social llamada óptimo del Pareto, caracterizada por una situación en la que nadie podrá mejorar su posición relativa sin que empeore la situación de otra persona; fue Giuliano Calabresi quien abrió en Italia la recepción de la interpretación económica del Derecho nucleada en torno a la «Escuela de Génova»⁸⁰⁰, emblema y prez de la corriente).

⁷⁹⁸ P. BURROWS y C. G. VELJANOVSKI, *The Economic Approach to Law*, Butterworths, London, 1981; J. COLEMAN, «Economics and the Law. A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law», en *Ethics*, vol. 94, 1984, págs. 649-679; ROBERT COOTER *et alii*, *Il mercato della legge. Analisi economica del diritto*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 2000; P. CHIASSONI, *Law and Economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1952; RICHARD A. POSNER, «The Decline of Law as Autonomous Discipline. 1962-1987», en *Harvard Law Review*, vol. C, 1987, págs. 761 y sigs.; ID., *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 2000; ID., *Overcoming Law*, Harvard University Press, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1995; ID., «Legal Formalism, Legal Realism and the Interpretation of Statutes and Constitution», en *Case W. L. Review*, vol. XXXVII, 1986, págs. 179 y sigs.; ID., *Economic Analysis of Law*, Little and Brown Company, Boston-Toronto, 1973 (se publicaron ediciones notablemente corregidas y aumentadas en los años 1977 y 1983).

⁷⁹⁹ ANTONIO BALDASARRE (n. 1940), *Critica dello Stato Sociale*, Libri del tempo Laterza, Ed. Laterza, Bari-Roma, 1982; GUIDO CALABRESI, «An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and the Allocation of Body Parts», en F. E. MCARDALE (editor), *The Cambridge Lectures 1991*, Ed. Yvon Blais, Cowansville, 1993, págs. y sigs.; ID., «G. Gilmore and the Golden Age», en *Yale Law Journal*, vol. 92, 1982, págs. 1-2; ID., «Guido Calabresi to Paul D. Carrington», en *Journal Legal Education*, vol. XXXV, 1985, vol. XXXV, pág. 23; ID., «Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts», en *Yale Law Journal*, vol. LXX, 1961, págs. 499 y sigs.; ID., *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press-New Haven, 1970 (trad. it., *Costo degli incidenti e responsabilità civile: analisi economico-giuridico*, Milano, 1975); GUIDO CALABRESI y D. MELAMED, «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral», en *Harvard Law Review*, vol. LXXXV, 1972, págs. 1089 y sigs.; M. LESLEY y A. JACOBS, *Rights and deprivation*, Clarendon Press-Oxford University Press, Oxford-New York, 1993.

⁸⁰⁰ M. ABRESCIA, «Le ricerche gius-economiche e la frontiera del diritto costituzionale», en *Quaderni costituzionali*, 2001, págs. 635-643; GUIDO CALABRESI, «Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts», en *Yale Law Journal*, 1961, págs. 494 y sigs.; ID., *Interpretazione giuridica del analisi economico*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1982.

V.3. Sabido es que ya en las dos décadas inmediatamente anteriores a la II Guerra Mundial se habían puesto las condiciones precisas para que se produjera un incremento considerable del papel del Estado como proveedor de servicios, empleador y gestor, así como un crecimiento no menos significativo de la intervención del Estado en el conjunto de la vida económica y social.

Sin duda contribuyó a ello el hecho de que entre las dos Guerras Mundiales, el sistema económico de la mayor parte de los países industriales se vio sacudido por una crisis de dimensiones sin precedentes: «el desempleo alcanzó niveles nunca vistos y fue obstinadamente persistente. Con él llegó una ola de descontento social. En Inglaterra la crisis empezó en 1921 y continuó con pequeñas interrupciones a lo largo de los años treinta. Las graves condiciones de la depresión alcanzaron más tarde a los Estados Unidos, pero cuando llegaron con el crack de 1929, lo hicieron con fuerza mayor. Claramente el mundo occidental no había retornado a la normalidad. La máquina productiva de las comunidades del Occidente industrial se vio profundamente sacudida por estos acontecimientos. En Inglaterra la hostilidad social dio lugar a la Huelga General de 1926, y no hizo sino multiplicarse por ello... A la vista de estos síntomas calamitosos muchas personas reflexivas llegaron a preguntarse si las previsiones marxistas sobre el futuro del capitalismo —que habían sido ampliamente descartadas como falseadas por la Historia, en el apogeo del capitalismo de finales del siglo XIX— podían después de todo no estar tan equivocadas»⁸⁰¹.

Incremento de tal naturaleza «que ha llegado a constituir, en cierto modo, un Estado de índole nueva: el Estado del Bienestar. Esta evolución se ha producido en algunos Estados con la finalidad de tratar de la manera más adecuada posible a muchas necesidades y carencias, se propondría pues «remediar formas de pobreza y de privación indignas de la persona humana»⁸⁰². En el Estado asistencial la actividad pública llegaría a abarcar, en cada vez más ámbitos la gestión y dotación de servicios, lo que determinó que el Estado dejara de limitarse a desempeñar funciones de mero guardián de la propiedad privada y de tutor de la opinión pública, para pasar a hacerse intérprete de valores y asumir otras funciones que determinaron que pasase a ocupar una posición progresivamente más destacada en la vida económica y social de la mayor parte de los países occidenta-

⁸⁰¹ WILLIAM J. BARBER, *Historia del Pensamiento Económico*, trad. cast. de Carlos Solchaga y Gloria Barba Bernabéu, revisada por Pedro Schwartz, del original *A History of Economic Thought* (Penguin Books Limited, Harmondsworth, Middlesex, 1967), Alianza Editorial, 2.ª edición en la Colección «Alianza Universidad», Madrid, 1976, págs. 211-212.

⁸⁰² JUAN PABLO II, *Carta Encíclica Centesimus Annus*, 1991, 48.

les⁸⁰³, con el despliegue de una nueva política económica, basada en esencia en la intervención sistemática del Estado, al que se asigna un papel de control y de cierto protagonismo en las decisiones y en la gestión de la economía, potenciándose además el desarrollo de un entramado legal que daba cobertura, y en algunos hasta llegaba a incentivar al nuevo marco, y con el reconocimiento de una serie de valores que protegían de manera realmente eficaz al trabajador.

El Estado de Bienestar, cuyas raíces históricas e ideológicas se remontan incluso a prácticas y tradiciones del Estado del Antiguo Régimen, es un Estado en el que crecieron sustancialmente los ámbitos de las actividades públicas, de provisión de servicios, con correspondiente el incremento de las responsabilidades del Estado en la esfera económica, y el compromiso con el bienestar del país, su crecimiento económico e integración social⁸⁰⁴.

El Estado asistencial brota pues del compromiso político entre, de una parte, los principios del mercado (eficiencia, cálculo riguroso de los costes, libre circulación de mercancías...) y de otra, de las exigencias de justicia social y de los requerimientos del principio de igualdad⁸⁰⁵.

El crecimiento de las demandas sociales a favor de que se procediera a redistribuir los costes de «la gran transformación» generada con la revo-

⁸⁰³ LIONEL MONNIER y BERNARD THIRY (editores), *Cambios estructurales e interés general. Hacia nuevos paradigmas para la economía política, social y cooperativa*, CIRIEC-España, Valencia, 1997; VÍCTOR PÉREZ DÍAZ (n. 1938), «Europa después de la Segunda Guerra Mundial», en ID., *La primacía de la sociedad civil. El proceso de formación de la España democrática*, Alianza Editorial, Madrid, primera reimpresión, 1994, págs. 102-109; JORGE RODRÍGUEZ GUERRA, *Capitalismo flexible y Estado de Bienestar*, Colección «Crítica del Derecho. Derecho vivo», Editorial Comares, Granada, 2001.

⁸⁰⁴ B. W. BATEMANN y J. DAVIS (editores), *Keynes and Philosophy: Essays on the Origin of Keynes's Thought*, Cheltenham, 1991; ASA BRIGGS, *Historia social de Inglaterra*, trad. cast. de Guillermo Carrascón Garrido, adaptación y revisión técnica de Juan-Pablo Montojo, Col. «Alianza Universidad», Alianza Editorial, Madrid, 1994; ID., *A Social History of England*, Penguin Books, London, 1988; ID., «The Welfare State in Historical Perspectives», en *Archives Européennes de Sociologie*, 1961, núm. 2, págs. 221-258; J. BROWN, *The British Welfare State. Critical History*, Oxford University Press, 1995, págs. 5 y sigs.; ROBERT E. GOODIN, *Reasons for welfare: the political theory of the Welfare State*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1988; JOHN MAYNARD KEYNES (1883-1946), «The end of Laissez-Faire», en *Laissez-Faire and Communism*, L. & Virginia Wolf-New Republic Inc., London-New York, 1926, págs. 67 y sigs. (basada en *Sydney Ball Lecture*, Universidad de Oxford, 1924 y conferencia en la Universidad de Berlín, 1926).

⁸⁰⁵ LUCIANO PELLICANI, voz «Estado de Bienestar», en *Diccionario de Política*, dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Matteuci, trad. cast. de Raúl Crisafio, Alfonso García, Mariano Martín y Jorge Tula, del original *Dizionario di Politica* (Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1976), Siglo XXI Editores, Madrid, segunda ed. en castellano de 1982, volumen I, págs. 609-615.

lución industrial, y de un mayor intervencionismo del Estado, que supusiese el abandono de la política «laissez faire», en el entendimiento de que el mercado autorregulado no es capaz ni de registrar, ni de satisfacer necesidades materiales y... fundamentales, determinó que el Estado de bienestar pasase a adoptar políticas sociales de protección de los trabajadores en dos ámbitos: a) en el ámbito de las transferencias sociales (subsídios de desempleo, sanidad y seguridad social), y b) en el ámbito de la regulación del mercado de trabajo (a fin de proteger la estabilidad de los puestos de trabajo).

El Estado del Bienestar, diseñado a partir del pacto keynesiano (algunos prefieren llamarlo revolución keynesiana) como un elemento necesario para la transformación del capitalismo y para su supervivencia⁸⁰⁶, ofreció todo un modelo de organización de la convivencia y de la vida política que, a través de un conjunto de instituciones públicas promocionaba y se identificaba con una normativa y unas políticas sociales, que en principio iban dirigidas a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, y a la promoción de la igualdad de oportunidades⁸⁰⁷, en un intento de conjugar armónicamente el crecimiento de la economía, de una parte, y la extensión y distribución social de los frutos y ventajas materiales del espectacular crecimiento, de otra, en una situación que se vería marcada indiscutiblemente por el tránsito de un rédito «per cápita» de subsistencia a un rédito «per cápita» en continua expansión.

Estado del Bienestar que —como desarrollo del Estado protector hobbesiano, en el que el anhelo de seguridad y paz constituye el auténtico fundamento, función y fin de la comunidad política y del Derecho⁸⁰⁸— pretendía generar seguridad y paz, y reducir la incertidumbre, mediante la protección social e incentivar la certeza que sin duda proporciona la providencia estatal, mediante la instauración de un modelo de gobierno público-estatal de la economía, y con la configuración de una nueva idea de

⁸⁰⁶ DAVID ANISI, «Tiempo de red», Capítulo IV de ID., *Trabajas con red. Un panfleto sobre la crisis*, Alianza Editorial, Madrid, segunda edición, 1994, págs. 161-185, la cita en pág. 161.

⁸⁰⁷ HENRY CAVANNA (editor), *Challenge to the Welfare State: internal and external dynamics for change*, Edward Elgar, Cheltenham, 1998; RONALD M. GLASSMAN, *Caring capitalism: a new middle-class base for the Welfare State*, MacMillan, Basingstoke, 2000; ADALBERT EVERS, HELGA NOWOTNY y HELMUT WINTERSBERGER (editores), *The changing face of welfare*, en Col. «Studies in social policy and welfare», Gower, Hants (England), 1987; NICHOLAS TIMMINS, *Los cinco gigantes: Una biografía del bienestar*, trad. cast., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2001.

⁸⁰⁸ THOMAS HOBBS, *Leviatán*, trad. cast. de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1989, págs. 141-143.

ciudadano, el ciudadano social⁸⁰⁹ —en congruencia con la progresiva ampliación del concepto de Ciudadanía que se explicita en la obra ya clásica de T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class* (Ciudadanía y Clase Social), desde un primer momento en el que la Ciudadanía sólo incluía derechos de carácter negativo, un segundo momento que viene dado con la incorporación de derechos políticos, y un tercer momento en el que la Ciudadanía adquiere aquello que en los años cincuenta del siglo XX se consideró su forma definitiva, con la aparición de los derechos sociales que habían venido con el propósito de permanecer de forma definitiva en nuestra Sociedad—, y la transformación del Estado en un agente dispensador de protección y certidumbre respecto de situaciones como el hambre, la enfermedad o la incultura⁸¹⁰, con la imposición de un compromiso cerrado, a la vez que activo, del Estado en el empeño en aras de la estabilización de la economía, y en el aseguramiento asistencial de un bienestar mínimo para todos los ciudadanos⁸¹¹.

Estado comprometido de forma inequívoca con la promoción del bienestar social, básicamente proveedor de servicios sociales, acreedor por ello a los calificativos de Estado intervencionista y asistencial, que se constituye en las sociedades occidentales desarrolladas a partir de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial. Momento en el que las políticas sociales superaron su rasgo sectorial y adquirieron un carácter generalizado⁸¹². Estado Social que aporta una nueva formulación de las relaciones entre el Estado y la Sociedad, y que obtuvo su principal fuente de legitimación política en base al logro de lo que doctrina alemana dio en llamar «daseinvorsorge» o la «procura asistencial» (Ernst Forsthoff) y a la consecución de un nivel mínimo de bienestar por debajo del cual nadie debe situarse, desarrollo y mejoras para todos⁸¹³. Objetivos que han perdido el

⁸⁰⁹ ETIENNE BALIBAR, «Propositions sur la citoyenneté», en el Volumen colectivo dirigido por C. WITHOL DE WENDEN, *La citoyenneté*, Edilig, Paris, 1988.

⁸¹⁰ FEDERICO ARCOS RAMÍREZ, «La seguridad jurídica en el Estado social de Derecho», Capítulo VII de ID., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Universidad Carlos III-Editorial Dykinson, Madrid, 2000, págs. 329-365, la cita en pág. 329.

⁸¹¹ A. J. PORRAS NADALES, *Introducción a la teoría del Estado postsocial*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988, pág. 78.

⁸¹² ANTONIO ITURMENDI BAÑALES (1903-1976), *En torno a la doctrina de la soberanía social en Vázquez de Mella*, Cámara Oficial de Comercio de Madrid, Madrid, 1962, pág. 13: «El Estado liberal, ilusionado con la idea de libertad, adopta una actitud optimista y "deja hacer a los ciudadanos", el Estado socialista con su pesimismo hacia la libertad individual, quiere él hacerlo todo».

⁸¹³ ROSA BARENYS et alii, *Crisis económica y Estado de Bienestar*, Colección «Estudios de Hacienda Pública», Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1989; MAURICE BRUCE, *The Coming of the Welfare State*, Batsford, London, cuarta edición, 1968; RICHARD MORRIS TITMUS, *Commitment to welfare*, con «Introduction» a cargo de Brian Abel-Smith, George Allen and Unwin, London, segunda edición, 1976.

carácter que tuvieran en sus primeras manifestaciones como meras exigencias morales, para pasar a constituirse en auténticos deberes jurídicos de los poderes públicos⁸¹⁴.

Los buenos proyectos, con todo, siempre parecen haber resultado más fáciles de formular que de ejecutar, dado que entre otras cosas, «nuestras posibilidades de actuación son finitas», lo que determina que la distancia entre pretensión y realidad sea cada vez mayor⁸¹⁵, y esto ha terminado por suceder con el Estado de Bienestar, cuya crisis estructural⁸¹⁶ —con la perspectiva de un crecimiento sin empleo y la pérdida de credibilidad del Estado social keynesiano⁸¹⁷—, ha centrado gran parte del debate ideológico de las ciencias sociales a partir del último tercio del siglo XX.

En lo que sin duda ha configurado el marco, indiferente o terrible, donde, desde mediados de la década de los setenta del siglo pasado, se desenvuelven nuestras vidas⁸¹⁸ y ha condicionado casi todas las controversias acerca de las prácticas políticas y económicas en ese período, en un marco en el que progresivamente se tiende a subordinar la política social a la política económica. La crisis del Estado de Bienestar es, ciertamente, una crisis de un modelo de Estado, pero también, y de manera no secundaria, es la crisis de un preciso modelo de política jurídica, social y

⁸¹⁴ L. FRIEDMANN, «Legal Culture and the Welfare State», en G. TEUBNER (editor), *Dilemmas of Law in Welfare State*, págs. 13-27; ENRIQUE ZULETA PUCEIRO, «La función del Derecho en el Estado social», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Instituto Editorial Reus, Madrid), VI, 1983, págs. 555-568.

⁸¹⁵ HANS MAGNUS ENZESBERGER, *Perspectivas de guerra civil*, trad. cast., Editorial Anagrama, Barcelona, 1994, pág. 66.

⁸¹⁶ PIERPAOLO DONATI (n. 1945), *La cittadinanza societaria*, Libro del tempo, Laterza, Roma, 1953; ID., *La ciudadanía societaria*, «Prólogo» de Julio Iglesias de Ussel, trad. y revisión técnica de Manuel Herrera López, Universidad de Granada, Granada, 1999; ID., et alii, *Sociedad y participación en la sociedad moderna*, Subcomité Iberoamericano del Comité de Investigación de la Asociación Internacional de Sociología, Madrid, 1995; ID., *Teoria relazionale della società*, Col. «Sociologie e politica sociale», Franco Angeli, 1992; ID. (editor), *L'etica civile alla fine del XX secolo*, Rapporti Mondadori, Ed. Mondadori, Milano, 1997; ID. (editor), *La frontiere della politica sociale: redistribuzione e nuova cittadinanza*, Franco Angeli, Milano, 1985; ID., *Risposte alla crisi dello stato social: le nuove politiche sociali in prospettiva sociologica*, Franco Angeli, Milano, 1984; RAFAEL MUÑOZ DEL CASTILLO et alii, *Crisis y futuro del Estado de Bienestar*, Colección «Alianza Universidad. Economía», Alianza Editorial, Madrid, 1989.

⁸¹⁷ SAMI NÄIR, «Para una política de civilización», en SAMI NÄIR, GIACOMO MARRAMAO et alii, *Mundialización y conflictos civilizatorios*, Caja-Murcia, Murcia, 1988, págs. 11-22, la cita en pág. 11; T. TIMMS (editor), *Social Welfare. Why and How?*, Routledge and Kegan Paul, London, 1980.

⁸¹⁸ DAVID AMISI, *Trabajar con red. Un panfleto sobre la crisis*, Alianza Editorial, Madrid, segunda reimpresión, 1994; ROBERTO DE VITA, PIERPAOLO DONATI y GIOVANNI B. SGRIOTTO (editores), *La política sociale oltre la crisi del Welfare State*, Col. «Sociologia e politica sociale», Franco Angeli, Milano, 1994.

económica, que para más de un analista se encontraría completamente agotado.

Todo parece confirmar que la tan referida crisis sería el resultado de una conjunción de circunstancias de muy diversa naturaleza, así como de una concertación de voluntades que se ven enmarcadas, y hasta identificadas, con la apuesta a favor de la sola lógica económica⁸¹⁹ y con la asunción del paradigma del *homo economicus*, que identificaba la racionalidad con la maximización del interés propio. Actitud característica de quienes, de acuerdo con el análisis de uno de los escasos economistas cuya obra ha conocido la gloria equívoca de la popularidad, Amartya Kumar Sen, en la economía y la situación actuales, no serían esencialmente sino unos «imbeciles sociales».

Crisis de determinadas formas de intervención normativa del Estado con un propósito redistributivo; y al mismo tiempo, y no menos, crisis de expansión del gasto público, que se remonta a mediados de la década de los setenta del pasado siglo, y cristaliza en la llamada «crisis del setenta y tres».

Crisis de fundamentación del modelo político-económico del capitalismo, que daría paso a la recepción del discurso y las prácticas neoliberales, con la subsiguiente extensión de una creciente inquietud ante el futuro laboral y el crecimiento de la exclusión de los beneficios de la economía global de una parte cada vez mayor de la población mundial, con la consiguiente marginalización de grupos que estaban hasta hace bien poco total o relativamente integrados, y la universalización del esquema propietario a todas las relaciones sociales.

Siempre en el marco de la reorganización del sistema productivo y de los cambios de alcance que se han producido en la estructura económica, con el avance de la privatización del sector público y los procesos de desregulación de los mercados. Tanto los discursos al respecto como las prácticas han superado con creces el test de la realidad, hasta el punto de que en la actualidad orientan y determinan una buena parte de las decisiones económicas y de las políticas públicas, con el subsiguiente reconocimiento por parte del Estado de la prioridad o la superioridad de las leyes del mercado sobre las leyes de la polis y el establecimiento de una relación distinta entre Economía y Estado⁸²⁰, con la constitución de la economía en un espacio de alta autonomía con respecto a las restantes esferas sociales, con capacidad de expresarse con un discurso separado y propio, y con la con-

⁸¹⁹ PATRICIA KENNET, *Comparative Social Policy: Theory and Research*, Colección «Introduction Social Policy», Open University Press, Buckingham, 2001.

⁸²⁰ GIACOMO MARRAMAO, *Dopo il Leviatano Individuo e comunità nella filosofia politica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995.

firmación de una opinión pública que parece ser mucho más favorable al mundo de los negocios que a cualquiera de los mundos que habían sido hegemónicos en el pasado. A su vez, y dentro de la intensa «ofensiva pro mercado» o de «no intervención» en el mercado, iniciado en la década de los ochenta del pasado siglo, que se propuso, y en gran parte consiguió, reducir la presencia del Estado en lo económico, y comportó en bastantes supuestos modificaciones radicales del derecho público de la economía a través de la desregularización, o en su caso, de la sustitución o el cambio de la regulación existentes por otras nuevas, y menos intervencionistas, aduciendo como justificación de esta política que se trataba de una política necesaria a fin de aumentar el grado de eficiencia en el empleo de los recursos sociales, y que a la vez que mejoran la distribución de la renta o riqueza y poder existentes, asegura la realización del valor liberal⁸²¹. El mercado ha dejado de ser simplemente una institución de asignación estática de recursos, para constituirse en un mecanismo que permite descubrir nuevas necesidades, nuevos métodos de producción y nuevos productos⁸²².

La concurrencia de esta serie dispar de circunstancias, junto con la disolvente globalización capitalista⁸²³ —la globalización de la codicia ha superado con mucho la de la democracia y la justicia, tal y como concluyera el científico británico John Sulston (n. 1942), premio Nobel de Medicina 2002— y el postfordismo, han determinado la emergencia de lo que ya comienza a ser denominado «el capitalismo real».

Fórmula que ha sido acuñada para identificar a las modalidades depredadoras del capitalismo que han emergido con posterioridad a la caída de las estructurales institucionales de control del mercado estatal, que a su vez ha sucedido o acompañado a la caída, o mejor, al literal abatimiento del muro de Berlín, en parangón a la expresión de la práctica totalitaria que fuera conocida como «el socialismo real»⁸²⁴ o «el socialismo realmente existente» —por decirlo en los términos utilizados por el economista ale-

⁸²¹ SANTOS PASTOR, «Estado, mercado, eficiencia y equidad», en JAVIER CORCUERA ATIENZA y MIGUEL-ÁNGEL GARCÍA HERRERA (editores), *Derecho y Economía en el Estado Social*, Eusko Jaurlaritz (Gobierno Vasco), II, Euskal Mundu Biltzarra (II Congreso Vasco), Editorial Tecnos, Madrid, 1998, págs. 184-195, la cita en pág. 189; J. STRIGLER, «The Theory of Economic Regulation», en *Bell Journal of Economics*, vol. II, 1971.

⁸²² ARNOLD HEERTJE, «La innovación técnica y financiación», en ARNOLD HEERTJE (editor), *Innovación, tecnología y finanzas*, ob. cit., ed. cit., págs. 4-5.

⁸²³ HUGO E. BIAGINI, *Entre la identidad y la globalización*, Editorial Leviatán, Buenos Aires, 2000.

⁸²⁴ MANUEL B. GARCÍA ÁLVAREZ, «Propiedad individual y socialismo real», en *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), Nueva Época, núm. 19, enero-febrero de 1981, págs. 81-106.

mán Rudolf Bahro en su análisis de la vía no capitalista a la sociedad industrial⁸²⁵— de las «democracias populares», en medio de lo que se ha dado en identificar como una «situación fluida de anomia generalizada y de rechazo de reglas», al decir, entre otros, de Régis Debray, Max Gallo y Mona Ozouf («Republicains, refusons la nation à deux étages», «Republicanos, rechazemos una nación con dos niveles», 1998)⁸²⁶.

Este conjunto de circunstancias han propiciado la emergencia de un nuevo escenario, en el que según los detractores de la globalización, se ha generado una considerable reducción de los mecanismos de integración social, se ha producido una progresiva individualización de los muestrarios biográficos, se ahonda en la subjetivación de las necesidades y resulta cada vez más evidente la pluralización de los estilos de vida⁸²⁷.

Al iniciarse la década de los noventa del recién pasado siglo, el desempleo en el mundo había alcanzado su nivel más elevado desde «la Gran depresión» de los años treinta que sucediera al «crack económico del veintinueve»⁸²⁸. En este nuevo marco han concluido siendo eliminados de los distintos procesos productivos y de la actividad económica millones de trabajadores, a su vez se ha reducido la incorporación renovadora de nuevas generaciones a la vida activa, y se han reestructurado o han concluido por desaparecer sin más bastantes de los diferentes tipos de empleo existentes.

⁸²⁵ RUDOLF BAHRO, *La alternativa. Contribución a la crítica del socialismo realmente existente*, trad. cast., de Gustav Muñoz del original *Die Alternative* (Bund Verlag, Europäische Verlagsanstalt, Köln-Frankfurt am Main-München, 1977), Alianza Editorial y Editorial Materiales, Madrid, 1980, págs. 19-51; vid. JOSÉ MARÍA RIPALDA, «La teoría marxista de la transición. Respuesta a Rudolf Bahro», en *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), Nueva Epoca, núm. 11, septiembre-octubre de 1979, págs. 171-194.

⁸²⁶ J. FERROMATO, *Aproximaciones a la globalización*, Macchi, Buenos Aires, 2000; GIORGIO RUFFOLO, «La crisi dello Stato Sociale: Un approcio sistemico», en *Democrazia e Diritto*, abril de 1981, págs. 87-92.

⁸²⁷ THOMAS BLANKE, «Globalización, Flexibilización y Desregulación. El cambio de las relaciones de trabajo en Alemania desde el comienzo de los años ochenta», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, Granada), núm. XXXII, 1995, págs. 173-194; ID., «Flexibilisierung und Desregulierung. Modernisierung ohne Alternative?», en W. DAUBLER, M. BOBKE y K. KEHRMANN (editores), *Arbeit und Recht. Festschrift für Albert Gnad*, 1992, págs. 25 y sigs.

⁸²⁸ JOHN KENNETH GALBRAITH (n. 1908), *The Great Crash 1929* (1954), Penguin Books in association with Hamish Hamilton, Harmondsworth (Middlesex), reimpresión, 1961; ID., *Una sociedad mejor*, trad. cast. de Antonio Desmonts, Crítica-Mondadori, Barcelona, 1996; ID., *The Affluent Society*, Penguin Books, Harmondsworth, United Kingdom, 1957 (trad. cast. de J. Grau, *La sociedad opulenta*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984). Vid. MARK BLAUG (n. 1927), *John Maynard Keynes: Life, ideas, legacy*, Institute of Economic Affairs, Macmillan, Houndmills, 1990; DAVID REISMAN, *State and Welfare: Tawney, Galbraith and Adam Smith*, Macmillan, reimpresión, London, 1983.

En un proceso continuado de informalización del mercado de trabajo⁸²⁹ y de destrucción del «nervio vital de la Sociedad del trabajo», proceso que aún no puede darse por concluido⁸³⁰. Con efectos de alcance sobre la propia composición de la clase trabajadora cuyo peso dentro del conjunto de la población activa se ve mermado notablemente en los países industriales avanzados, en los que al tiempo se genera la progresiva fragmentación de los trabajadores como consecuencia de los nuevos procedimientos de organización industrial y la formación de mercados de trabajo profundamente segmentados.

Parece difícil negar que al principio de los tiempos todas las civilizaciones se habían estructurado en gran medida alrededor del concepto de trabajo, al que se consideraba parte integrante e ineliminable de la existencia y de las prácticas cotidianas, a la vez que una digna manera de afirmación personal⁸³¹, y no sólo en cuanto que suministra el título para la entrega del salario alimenticio. En esta línea argumental, Ernst Kapp, un olvidado geógrafo del siglo XIX⁸³², cuyas últimas raíces remiten a Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), había llegado a sostener que «El trabajo es el alma de la cultura. La cultura llena el abismo existente entre la naturaleza y el espíritu, es el eterno puente tendido entre la materia y el pensamiento. Por mediación del hombre la naturaleza se encuentra a sí misma en la cultura, y por la mediación del trabajo y de la actividad del hombre se ve cumplida. El trabajo. El trabajo convierte ser humano en el auténtico señor de la realidad»⁸³³.

Lo cierto es que en la actualidad, y acaso por primera vez en el curso

⁸²⁹ ULRICH BECK, *La sociedad del riesgo global*, trad. cast. de Jesús Albores Rey, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2002; VICENTE OLTRA CIMENT, *Sociedad y economía competitiva: un análisis del estado del malestar*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1993; PETER TOWNSEND (n. 1928), *Sociology and social policy*, Col. «Penguin education», Penguin Books, London, 1976; THOMAS WILSON (n. 1916) y DOROTHY WILSON, *The state and social welfare: the objectives of policy*, Longman, New York, 1991.

⁸³⁰ ULRICH BECK, *Un mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 2000; H. P. MARTIN y H. SCHUMANN, *La trampa de la globalización. El ataque contra la democracia y el bienestar*, Editorial Taurus, Madrid, 2001.

⁸³¹ OLEGARIO GONZÁLEZ DE CARDEDAL, «Iglesia y Sociedad», en *Revista Católica Internacional Communio* (Encuentro Ediciones, Madrid), año III, marzo-abril 1981, vol. II/81, págs. 143-167, la cita en pág. 148.

⁸³² CLAUDE RAFFESTIN, «¿Y si la geografía no fuese más que la historia de un exilio?», en *Astrágalo. Cultura de la Arquitectura y la Ciudad* (Celeste Ediciones, SA, Madrid), núm. XIII, diciembre de 1999, págs. 145-158, la cita en pág. 148.

⁸³³ ERNST KAPP, *Philosophische oder vergriechende allgemeine Erdkunde als wissenschaftliche Darstellung der Erdverhältnisse und des Menschenlebens nach ihrem innern Zusammenhang*, Westermann, Braunschweig, 1845, pág. 365.

de la historia, el trabajo, al que en el plano de las declaraciones resulta difícil dejar de reconocerlo como un valor⁸³⁴, se desregula, fragmenta e individualiza⁸³⁵, y está siendo paulatina y sistemáticamente eliminado del proceso de producción⁸³⁶, con ello, se «resquebraja la alianza histórica entre capitalismo, Estado asistencial y democracia»⁸³⁷. A todo ello hay que sumar que en Occidente parece desenvolverse, sin apenas encontrar resistencia y hasta alcanzar la progresiva hegemonía de la que hoy disfruta, una ética de la realización personal, orientada a lo individual, y a producir «individuos auténticos», autores de sus vidas y creadores de su singular identidad. El lema es primero yo, y luego ya veremos.

Situación que algunos autores, sin duda desde el pesimismo cívico pero, eso sí, con la autoridad reconocida que en la comunidad de estudiosos suele encontrar su juicio, como es el caso de Juan-Ramón Capella Hernández, en un texto, tan inquietante como útil, que tiene por título *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y del Estado*⁸³⁸, hablen, y lo hagan no sin un punto de razón, de un proceso en

⁸³⁴ JOSÉ-LUIS CASCAJO CASTRO, «La configuración del Estado social en la Constitución española», en GREGORIO CÁMARA y JUAN CANO BUESO (editores y coordinadores), *Estudios sobre el Estado social...*, ob. cit., ed. cit., págs. 41-46, la cita en pág. 43.

⁸³⁵ LUIS ENRIQUE ALONSO, *Trabajo y Postmodernidad: el empleo débil*, Fundamentos, Madrid, 2000, pág. 223; ID., *Trabajo y ciudadanía*, Editorial Trotta, Madrid, 1999; PIERRE NOVILLE, *De l'alinéation à la jouissance. Genèse de la sociologie du travail chez Marx et Engels*, Marcel Rivière, Paris, 1957; M. POSTONE, *Time, labor and social domination. A reinterpretation of Max's critical theory*, Cambridge University Press, Cambridge (United Kingdom), 1993.

⁸³⁶ International Labor Organization (ILO), Washington D.C., seis de marzo de 1994; INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION, *The World Employment situation. Trends and Prospects*, Ginebra (Suiza), 1994; JEREMY RIFKIN, *El fin del trabajo. El declive de la fuerza de trabajo global y el nacimiento de la era de postmercado*, con «Prólogo» de Robert L. Heilbroner, trad. cast. del original de Guillermo Sánchez (revisada por Ana Rodríguez Domínguez y Carlos Ossés Torón) del original, *The end of work. The decline of the global labor force and the dawn of the post-market era* (Jeremy P. Tarcher Inc., Putnam, Berkeley Group Inc., New York, 1994), Ediciones Paidós, Barcelona, 1994, págs. 17-23.

⁸³⁷ ULRICH BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo. Respuestas a la globalización*, trad. cast. Editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 1998, pág. 97.

⁸³⁸ JUAN-RAMÓN CAPELLA HERNÁNDEZ, *Fruta prohibida: Una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y del Estado*, Col. «Estructura y procesos. Derecho», Editorial Trotta, Madrid, 1997, págs. 278-279; IAN CULPITT, *Welfare and Citizenship: Beyond the Crisis of the Welfare State?*, Sage Limited, London, 1992; VICTOR GEORGE y PAUL WILDING, *Welfare and Ideology*, Harvester Wheatsheaf, New York, 1994; NORMAN GINGSBURG, *Divisions of Welfare. A critical introduction to comparative social policy*, Sage Limited, London, 1995; ERNESTO A. ISUANI, RUBÉN M. LO VUOLO y EMILIO TENTI FANFANI, *El Estado Beneficiencia. Un paradigma en crisis*, Miró y Dávila, Buenos Aires, 1991; RAMESH MISHRA, *El Estado de Bienestar en crisis: Pensamiento y cambio social*, trad. cast., Ediciones de la Revista de Trabajo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992; ID., *El*

curso de conversión del derecho laboral y asistencial —derecho que, desde sus orígenes, reviste, como resulta obvio, más importancia para las clases subalternas— en una auténtica selva, a causa del juego conjunto de una serie de circunstancias: a) las nuevas formas de organización de las empresas (fenómenos de externalización y de descentralización en red de los ciclos productivos) que de hecho han desconstruido la mayor parte de los tipos sociales sobre los que hasta hace unas décadas pivotaba el ordenamiento jurídico laboral (derecho que regula las relaciones laborales en régimen de dependencia, y que surgió como réplica a las iniciales condiciones de explotación de la clase obrera en la sociedad industrial⁸³⁹), y b) la emergencia de las nuevas formas de empleo y la modificación profunda de la estructura de trabajo, que ponen en cuestión el papel que debiera corresponderle en una sociedad que se encuentra básicamente asentada sobre la eficiencia que le corresponde al mercado y la lógica de la maximización de la riqueza, con la correspondiente penetración en el conjunto de la sociedad de la racionalidad propia del funcionamiento y la gestión empresarial⁸⁴⁰, y en la que c) se han materializado los efectos más perversos de la desregulación. Desregulación que ha contribuido a volatilizar elementos sustanciales de la protección laboral, y que han vaciado en gran medida de contenido a los derechos sociales. Provocando una situación en la que el Derecho laboral y asistencial ha experimentado una aminoración paralela, y al menos tan importante, a la que se ha producido con respecto al propio trabajo⁸⁴¹.

Este conjunto de circunstancias han determinado que se haya impuesto sin apenas resistencia, y como si se tratara de reconocer lo obvio, la

Estado de Bienestar en la sociedad capitalista: políticas de desmantelamiento y conservación en Europa, América del Norte y Australia, trad. cast. de Juan Alonso Hierro, Colección «Estudios», Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1994.

⁸³⁹ JUAN-RAMÓN CAPELLA HERNÁNDEZ, *Los ciudadanos presos*, Col. «Estructuras y procesos. Derecho», Editorial Trotta, segunda edición, 1993; NORMAN JOHNSON, *El Estado de Bienestar en transición: La teoría y la práctica del pluralismo del Bienestar*, Colección «Informes. Serie General», Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990; LUDOLFO PARAMIO RODRIGO et alii, *Estado de Bienestar. Perspectivas y Límites*, Colección «Estudios», Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1998; GREGORIO ROBLES MORCHÓN, *Sociología del Derecho*, Editorial Civitas, SA, Madrid, 1993, pág. 179; RICHARD MORRIS TITMUS, *Essays on the Welfare State*, Univin University Book, segunda edición, George Allen and Unwin, London, 1974 (la primera edición apareció en 1958).

⁸⁴⁰ TOMÁS G. PERDIGUERO, «El mito de la empresa ciudadana», en ID., *La responsabilidad social de las...*, ob. cit., ed. cit., págs. 22-29, la cita en págs. 24-25.

⁸⁴¹ JOSEP PICÓ, *Teorías sobre el Estado del bienestar*, Siglo Veintiuno de España, Madrid, 1987 (hay segunda edición, 1990); GILBERT Y. STEINER, *The state of welfare*, Brookings Institution (Washington), Washington, 1971; AUGUSTO DE VENANZI, *Globalización y corporación. El orden social en el siglo XXI*, Colección «Autores, textos y temas. Ciencias Sociales», Anthropos Editorial del Hombre, Rubí (Barcelona), 2002.

creencia en que el papel principal, si no exclusivo, del Estado en el siglo XXI habría de ser el de constituirse en el regulador y promotor de cuanta mayor competencia y mercado resulte posible.

El cambio profundo que supone la existencia de todos estos hechos se establece a la manera de una frontera, al mismo tiempo que señala un antes y un después.

Estamos, pues, ante un nuevo escenario. Un escenario en el que, ya sea de forma deliberada, ya sea por «la naturaleza de las cosas», ya sea por «la fuerza normativa de lo fáctico», de hecho se asume como si fuera natural el alto riesgo que supone atribuir la prioridad indiscutida en el conjunto del sistema al valor y a la realidad del mercado.

Hasta el punto que se ha llegado a hablar del mercado como el nuevo Minotauro de nuestro tiempo: Mediante la atribución al mercado de la condición protagonista, el sistema establece un método de coordinación social que en principio carece de cualquier tipo de coordinador específico⁸⁴², y en el que, finalmente, nadie resulta ser responsable de la evolución del sistema económico, una vez que se han desactivado, acaso tras una insuficiente reflexión de los efectos que genera hacerlo, los mecanismos institucionales del Estado-Nación que tradicionalmente han venido moderando, en ocasiones con reconocido éxito, los peores excesos y las más exorbitantes pretensiones de las fuerzas del mercado⁸⁴³.

Institución suicida, al decir del filósofo del derecho argentino Ernesto Garzón Valdés, en la medida en que asienta una situación en la que se evapora en parte el papel del Derecho como moderador de la realidad social, y se atenúan los papeles que desempeñaban hasta hace bien poco el Estado

⁸⁴² THOMAS BLANKE y R. TRÜMNER (editores), *Recht und Privatisierung. Ein Handbuch*, Baden-Baden, 1996; DAVID BRAYBOOKE y CHARLES EDWARD LINDBLOM, *A strategy of decision: policy evaluation as a social process*, Col. «A Free Press Paperback», The Free Press, Collier Macmillan, New York-London, 1970; CHARLES EDWARD LINDBLOM (n. 1917), *El sistema de mercado: qué es, cómo funciona y cómo entenderlo*, trad. cast. de Fernando Esteve Mora, Col. «Alianza Ensayo», Alianza Editorial, Madrid, 2002; ID., *The intelligence of democracy: decision making through mutual adjustment*, The Free Press, New York, 1965; ID., *Política, economía y bienestar: la planificación y los sistemas políticos-económicos reducidos a procesos*, «Biblioteca de Economía, Política y Sociedad, Serie Mayor», Editorial Paidós, Buenos Aires, 1971; ID., *Politics and markets: the world's political economic systems*, Basic Books, New York, 1977; ID., *El proceso de elaboración de políticas públicas*, trad. cast. de Eduardo Zapico Goñi, Colección «Estudios», Administración General, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1971; VITO GANZI, «Lo Stato nel XXI secolo» en *L'Ateneo* (Università degli Studi di Torino), volumen XXIII, año XIX, enero-febrero de 2002, págs. 21-32, la cita en pág. 30; ID., *The Growth of Public Spending in the 20th Century*, Cambridge University Press, Cambridge (Massachusetts), 1995.

⁸⁴³ PASCAL BRUCKNER, *La tentación de la inocencia*, Colección «Argumentos», Editorial Anagrama, Barcelona, 1996, págs. 14-15; ID., *La melancolie démocratique*, Col. «L'histoire immédiate», Editions du Seuil, Paris, 1990.

y la política como elementos decisores de los conflictos en nombre del interés general o de los valores públicos, y enmudecen también, ¡cómo no!, los valores públicos una vez que el mercado y la propiedad privada son presentados como los únicos mecanismos de asignación y distribución de recursos que tienden a desplazar a los restantes mecanismos que compiten por atribuirse el papel preeminente.

Todo ello ha concluido por generar en el imaginario de los distintos grupos sociales que se han visto afectados de una manera determinante por la crisis del Estado Social, una actitud de rechazo y de distanciamiento hacia la clase política, así como una profunda sensación de incertidumbre e inquietud ante el (su) futuro laboral y asistencial.

Al mismo tiempo la crisis y su percepción, han producido, como uno de sus efectos más evidentes, un marco en el que se coloca en una situación de grave riesgo tanto a las magnitudes y calidades, como hasta la propia supervivencia, de los servicios públicos y de la acción estatal⁸⁴⁴.

Servicios públicos y acción estatal, cuya efectividad ha venido contribuyendo sin duda a título de factor esencial, a los fines del equilibrio comunitario, especialmente en la Europa desarrollada, donde el modelo de sociedad que venían reforzando, identificaba en ellos, y muy singularmente en los sistemas sanitarios públicos y universales de los países industrializados, un componente esencial y acaso irrenunciable de sus rasgos identificadores, así como un activo social de primera importancia, que ha reducido desigualdades, a suavizar conflictos mediante la distribución de la renta, y ha venido generando una mejora considerable tanto de la sociedad en su conjunto, como de la calidad de vida (salud, educación, servicios disponibles...) de los ciudadanos⁸⁴⁵.

V.4. Los profesores Eduardo Martínez y Hernández (vinculado en el pasado a las Universidades Pontificia y Pública de Salamanca, en la actualidad profesor titular numerario de Derecho Constitucional de nuestra Casa de estudios, becario de la Dirección General de Derechos Humanos del Consejo de Europa y Director de la Tribuna Universitaria de Libro Político-Jurídico de la Universidad Complutense de Madrid), Luis García Perulles (colaborador del Departamento de Derecho Constitucional de nuestra Universidad, Presidente de la Asociación de Jóvenes ciudadanos

⁸⁴⁴ NIKLAS LUHMANN (1927-1998), *Teoría política en el estado de bienestar*, trad. cast. e «Introducción» de Fernando Vallespín, Colección «Alianza Universidad», Alianza Editorial, Madrid, 1993 (hay reimpresión de 1994 y 1997); A. J. PORRAS NADALES, *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, PPU, Barcelona, 1988.

⁸⁴⁵ Fundación Encuentro, JOSÉ MARÍA PATIÑO (director), *Informe España 2003. Una interpretación de su realidad social*, Centro de Estudios del Cambio Social, Madrid, 2003, págs. 225-226: «El reto de la equidad en un sistema sanitario descentralizado».

Europeos, y reputado estudioso de la ciudadanía comunitaria) y Enrique Barón Crespo (Profesor desde hace más de treinta años de Instituto Católico de Administración y Dirección de Empresa y «hombre político»⁸⁴⁶, Eurodiputado desde 1985 —de cuya Cámara fue el primer español en ocupar, desde julio de 1989 a enero de 1992, la Presidencia, y en la que el seis de diciembre de 2001 fue reelegido Presidente del Grupo Socialista europeo, mandato que concluye en el año 2004—; Ministro de Transportes y Comunicaciones en el primer gobierno socialista del Presidente Felipe González Márquez —1982-1985—) vienen ocupándose desde hace muchos años del tratamiento monográfico de este relevante derecho social, y más específicamente de la protección de la salud pública y del sistema sanitario público⁸⁴⁷.

Salud pública y sistema sanitario que han pasado de ser originariamente —cuando se asumía por parte del orden jurídico los postulados económicos, los valores e ideales que conforman la ideología del «laissez faire» y que determinaban la inacción estatal y el consecuente respeto a la libre actuación de los sujetos en el ámbito de las leyes del mercado—, funciones propias de policía del Estado, momento en el que la Sanidad, entendida como una actividad eminentemente privada en torno a la cual la acción estatal se concretaba en la tutela de la higiene y la salud pública desde las administraciones locales, hasta la conversión de la salud en un derecho subjetivo de todos los ciudadanos, que determina que el conjunto de las instituciones públicas deben adoptar las medidas pertinentes a fin de hacer efectivo el reconocimiento constitucional del derecho a la protección de la salud.

Situación que se abordó en España mediante la creación de un Sistema Nacional de Salud que ha conseguido universalizar el derecho a la asistencia sanitaria pública, y que además cubre sus costes a cargo de la financiación pública, garantiza la accesibilidad en condiciones equitativas⁸⁴⁸ a los distintos servicios de salud, hace posible una organización descentralizada

⁸⁴⁶ GUY ROSSI-LANDI, *Les hommes politiques*, Colección SUP, Presses Universitaires de France, París, 1973, pág. 6.

⁸⁴⁷ PEDRO-PABLO MANSILLA *et alii*, *La salud y el bienestar ante el 2000*, Colección «Avance», Revista Avance, Madrid, 1994; LUIS MONTIEL (coordinador), *La salud en el estado del bienestar: Análisis histórico*, Cuadernos Complutenses de Historia de la Medicina y la Ciencia, vol. II, Editorial Complutense, Madrid, 1993.

⁸⁴⁸ GUY RIVARD, «El seguro de enfermedad en Quebec: los objetivos de la protección médica y de la sociedad», en el volumen *Quebec, un modelo de sanidad pública. El seguro de enfermedad en Quebec. Los objetivos de la protección médica y de la sociedad*, con «Prólogo» en la edición en castellano de Ramiro Rivera (págs. 5-6), trad. cast. del original *L'assurance maladie au Québec. Les objectifs de la profession médicale et de la société* (L'Union Medical du Canada), Consejo General del Colegio de Médicos de España, Madrid, 1984, págs. 7-62, la cita en págs. 14-28.

de la gestión en las distintas comunidades autónomas, previene la enfermedad, promueve la salud, se ocupa de la curación y de la rehabilitación, coordina los recursos asistenciales, determina una gestión mayoritariamente pública de los correspondientes servicios, y dedica una atención destacada a los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios⁸⁴⁹.

El sistema sanitario constituye uno de los elementos componentes principales del Estado del Bienestar en la mayor parte de los países desarrollados —y muy especialmente los Estados miembros de la Unión Europea, no en vano las políticas de Bienestar Social han sido y continúan siendo hoy una de las señas de identidad más acreditadas—, en los que se considera un hito excluido de la controversia política —con un profundo arraigo en el conjunto de la población, sin que al respecto quepa establecer diferenciaciones de criterio en razón de la pertenencia a determinadas clases sociales—, el reconocimiento de la equidad inherente a la universalización de las prestaciones sanitarias, que en la inmensa mayoría de los países de nuestro entorno se sustenta no sólo, pero sí fundamentalmente en la financiación pública, sin perjuicio de que la forma concreta de provisión sea pública o privada, con financiación a través de cotizaciones de empleadores y empleados, o con financiación de impuestos, principalmente directos⁸⁵⁰.

Tengo la certeza de que se trata de una obra que aúna la oportunidad con la enorme utilidad-aplicabilidad de su lectura. Por ello, estamos sin duda ante una obra en la que se aporta una visión simple, si bien no simplista sobre el tema; con la pertinente clarificación de numerosos datos e importantes conceptos, algunos de los cuales no han sido siempre suficientemente entendidos y las más de las veces no resultan correctamente interpretados en bastantes textos anteriores. No son éstos, ciertamente,

⁸⁴⁹ BENT GREVE (editor), *Comparative Welfare Systems. The Scandinavian model in a period of change*, St. Martin Press, New York, 1996; CONSTANCE GREWE y HÉLÈNE RUIZ FABRI, *Droit constitutionnels européens*, Col. «Droit fondamental. Droit politique et théorique», Presses Universitaires de France, París, 1995; P. KENS, «The source of a Myth: Police Powers of the Status and Laissez Faire "Constitutionalism 1900-1937"», en *The American Journal of Legal History*, vol. XXXV, número 1, enero de 1991, págs. 70-98; C. B. MACPHERSON, *The Life and Times of Liberal Democracy*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1977 (hay trad. cast. a cargo de Fernando Santos Fontela, *La democracia liberal y su época*, Alianza Editorial, Madrid, 1982); JOSÉ-TOMÁS RAGA GIL, «Doctrina social y fenómeno económico en un mundo de globalización», en VICENTE DOMINGO CANET VAYÁ (editor), *La familia Agustiniana en contextos de globalización*, Centro Teológico San Agustín, Madrid, 2003, págs. 91-128.

⁸⁵⁰ JEAN-MARIE DOMENACH, JACQUES DONZELOT, PAUL VIRILIO *et alii*, *El trabajo social a debate*, trad. cast. de «Le Travail social en équipe» (Revista *Esprit*, París, 1972), a cargo de O. Homs, Hogar del Libro-Nova Terra, Barcelona, 1984, págs. 203 y sigs: «La asistencia médica y el Derecho».

mimbres habituales en la mayor parte de la bibliografía disponible. Condiciones éstas que dan sentido, al tiempo que justifican más que suficientemente su aparición, como uno de los más de sesenta y cinco mil títulos que habrán de editarse en España en el curso de este año 2003, siempre que no incluyamos en la relación a los libros o crónicas sobre los propios libros, libros sobre la edición, sobre los editores, sobre la relación entre autores y editores, sobre el oficio de hacer libros. Sobreoferta de títulos y congestión del mercado que nos sitúan, dicho sea en «en passant», entre las cinco mayores potencias editoras del mundo. Si nunca dejó de ser verdad que «un libro que no se justifica es una excrecencia de la estulticia o de la vanidad»⁸⁵¹, mucho más lo es aquí y ahora, cuando tanto y tan superfluo ve la luz de la edición.

La obra, presentada también por el profesor y político (Presidente en ejercicio de la Comisión Europea), Romano Prodi (n. 1939), ofrece un texto que une al siempre exigible rigor, la comúnmente reconocida capacidad comunicativa y de síntesis de sus autores.

Además supone la cristalización, en soporte papel, de una experiencia docente que se viene desarrollando, desde hace más de un lustro, en nuestra Facultad y en otros centros de la Universidad Complutense, y muy singularmente en la Escuela Universitaria de Enfermería, Fisioterapia y Podología de nuestra Alma Mater. Centro que cuenta en sus planes de estudio con la pionera asignatura de libre configuración «El derecho a la protección de la salud».

Ya en el curso 1997-1998, la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, con la inestimable colaboración de instituciones punteras en la gestión de la acción sanitaria, como son el Ministerio de Sanidad, la «Fundación Hospital Alcorcón», y la «Escuela de Ciencias de la Salud» organizó con gran éxito por el número de los asistentes y la calidad de las intervenciones, lo que se presentó como el «Primer Curso de Derecho a la protección de la salud».

Curso, que si bien no ha tenido luego la continuidad anunciada y deseable, sí que logró en aquella circunstancia ofrecer una oportuna tribuna de debate y análisis acerca de las nuevas realidades del sistema sanitario español en un momento de reajustes y de redistribución de competencias en dicho ámbito, que venían determinados entonces, por la nueva configuración del Estado español, en pleno proceso de transferencias de las competencias de gestión de la asistencia sanitaria.

Proceso de transferencias hoy ya concluido pero que fue, como creo

⁸⁵¹ Ramón Fernández Mato, «El motivo y el rumbo», en ID., «Trujillo o la transfiguración dominicana», Veritas, Talleres Tipográficos Galatea, México, 1945, tomo I, págs. 7-17, la cita en pág. 11.

que es notorio, lento, complicado y presentando importantes variantes en las distintas comunidades autónomas. Si bien la secuencia de los bloques transferidos siguió una pauta común, en un primer momento se procedió a transferir las competencias de salud pública, en un segundo las de AISNA, y finalmente las propias del Insalud. Aún así no todas las Comunidades recibieron el aparato asistencial en las mismas condiciones.

Como es sabido en nuestro país la creación del Sistema Nacional de Salud y la descentralización territorial del sistema sanitario - dentro este último de un proceso más amplio de una descentralización administrativa y política generalizada, fueron procesos simultáneos. Descentralización que ha supuesto el paso de una situación de partida en la que el noventa por ciento del gasto público total estaba en manos del Estado, a una situación; como la ahora existente, en la cual el Estado se ocupa de poco más del cincuenta por ciento del gasto público que además es hoy significativamente mayor⁸⁵².

En el nuevo escenario, ya montado en su totalidad, una vez concluido el proceso de transferencias de los servicios sanitarios, como resulta sabido, el Estado se reserva, a título de competencia exclusiva la «sanidad exterior» y la regulación de «las bases y la coordinación general de la Sanidad», junto con la «legislación sobre productos farmacéuticos» (artículo 149.1.6 de la Constitución española) además de la Alta Inspección en la materia, atribuida al Estado por los diversos Estatutos de Autonomía.

Tras el proceso de transferencias se ha apreciado que el Sistema Nacional de Salud muestra signos de una tendencia a configurarse como un sistema articulado, si bien poco armónico: Sistema articulado en el que las suspicacias y el especial celo manifestado por las distintas comunidades autónomas en defensa de sus respectivos ámbitos competenciales, pueden terminar desdibujando la visión de conjunto del Servicio Nacional de Sanidad como tal Servicio Nacional. Estas valoraciones y estos indicios explicarían y otorgarían su más propio y pleno sentido a la nueva Ley de cohesión y calidad del Servicio Nacional de Salud. Existe un riesgo cierto de que las diferencias de recursos o financiaciones entre comunidades autónomas, diferencias de cierta entidad ya hoy, se agudicen en un futuro a medio plazo. Bien cierto es que entre las distintas comunidades autónomas existe todavía, y entiendo que hay razones para confiar en que se mantenga en el futuro, una adecuada permeabilidad y una articulación razonable en la materia que nos ocupa.

Lamentablemente los coloquios e intervenciones orales que siguieron

⁸⁵² RAQUEL GALLEG0 y JUAN SUBIRATS (editores), *Veinte años de autonomía en España: leyes, políticas públicas, instituciones y opinión pública*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2000.

a las ponencias y exposiciones monográficas, no han podido incorporarse a la publicación, y habrían apuntado sin duda más de una luz al mejor conocimiento del tema.

VI. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA UNIÓN EUROPEA

VI.1. Hoy se trata de abordar las condiciones y los avatares de la protección de la salud, en medio de un complejo proceso. Un proceso en curso, que se encuentra tan pleno de retos y de amenazas de problemas, que a su vez están dotados de una entidad, al menos análoga a los que concurrían en el momento de la primera edición de la obra (aumento continuo de la demanda, longevidad, limitación y escasez de recursos, rigidez del sector público, ineficiencias del mercado...). Se tiene, eso sí, la pretensión, al igual que entonces, de dar razón acerca de la mayor parte de las cuestiones que nos acucian en este nuevo marco.

Si bien la temática se centra ahora en las cuestiones que conciernen a las políticas de salud de la Unión Europea. Ámbito en donde, en vísperas de su ampliación más importante en número, que le acerca cada vez más a una integración plena del continente, y después de sucesivas pero limitadas reformas institucionales, se está produciendo el proceso de integración regional de mayor alcance de la historia reciente, sin que creo pueda citarse en el pasado ningún otro proceso de integración económico y monetario —la creación de la moneda única ha sido el último y el más visible signo de los frutos de la integración entre los Estados miembros— que pueda resistir la comparación con el europeo, y con su capacidad como sistema para resolver problemas que sobrepasan a los Estados miembros. La Unión Europea —organismo vivo en desarrollo, con su característico gradualismo evolutivo, entendido como «work in progress»— se enfrenta con la urgencia y el reto de organizar un sistema más eficiente de coordinación y de funcionamiento.

Como es sabido, desde el veintiocho de febrero de 2002, y por mandato del Consejo Europeo celebrado en Laeken, durante la presidencia belga, los días quince y dieciséis de diciembre del 2001⁸⁵³, se debatió contra reloj y en asamblea o foro de discusión abierta —lo que supuso una revolución sin precedentes en el modo de producir derecho entre Estados— en la «Convención sobre el futuro de Europa», la redacción y la aprobación del

⁸⁵³ HARMUT MACHOLD (editor), *Le nouveau débat sur l'Europe. Textes réunis et commentés*, Presses de l'Europe, Nice, 2000, págs. 483-493: «Déclaration de Laeken: l'avenir de l'Union européenne»; JEAN TOUSCOZ, *La Constitution de l'Union européenne*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 2002.

documento que se pretende habrá de ser la propuesta del texto de un proyecto de Constitución europea. Europa desarrolla de este modo una condición más a fin de que deje de ser tan sólo una cuestión de libre comercio⁸⁵⁴.

El proyecto de Constitución Europea que supone el mayor salto hacia la unión política de Europa, fue presentado a la consideración de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea en la cumbre del Consejo Europeo celebrada los días veinte y veintiuno de junio en Tesalónica (Grecia). Texto que, una vez aprobado, los Estados a su vez habrán de debatir en la Conferencia Intergubernamental de reforma de los tratados del próximo otoño a celebrar en Roma, con vistas a preparar la aprobación del tratado constitucional⁸⁵⁵ en la primavera del 2004, con Irlanda presidiendo la Unión Europea y con la participación de los veinticinco líderes europeos. Tratado constitucional cuya ratificación país por país será lento y en algunos casos muy posiblemente difícil.

La Convención estuvo presidida por quien en el pasado había tenido repetidamente la condición de Jefe de Estado, ministro en los Gabinetes de la Presidencia de Charles De Gaulle y Georges Pompidou y primer ministro francés, Valéry Giscard d'Estaing, asistido en el ejercicio de sus funciones por dos vicepresidentes europeístas más que convencidos (Jean-Luc Dehaene y Giuliano Amato), dotada de un «Praesidium» de doce miembros (el Presidente, los doce vicepresidentes y nueve vocales), órgano rector, encargado de preparar los trabajos que se discuten en pleno cada mes, y dotado de un papel político innegable.

Convención en la que participaron desde marzo del 2001 hasta junio del 2003 ciento cinco representantes (muchos de ellos auténticas personalidades que se mantienen en el primer plano del protagonismo político y no ilustres retirados, en contra de lo que pudiera pensarse, y tantas veces se ha dicho) de veinticinco países en representación de los gobiernos de los Estados miembros y de los países candidatos a serlo, de la Eurocámara, de los Parlamentos nacionales y de la Comisión Europea.

Con la Convención sobre el futuro de Europa se trataba de «examinar las cuestiones esenciales que plantea el futuro desarrollo de la Unión e in-

⁸⁵⁴ CÉCILE BARBIER, «La Convention européenne. Genèse et premiers résultats», en *Courrier hebdomadaire du Centre de recherche et d'information sociopolitiques*, Bruxelles, núms. 1776-1777, 2002.

⁸⁵⁵ LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Constitucionalismo en la Unión Europea*, Editorial Civitas, Madrid, 2002; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (director), y RICARDO ALONSO GARCÍA (subdirector), *La encrucijada constitucional europea*, Civitas-Colegio Libre de Eméritos, Madrid, 2003; PIERO S. GRAGLIA, *L'Unione europea*, Col. «Farsi un'idea», Società Editrice Il Mulino, Bologna, 2003; ANTONIO LÓPEZ PINA e IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Elementos de Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2002; MARCELINO OREJA AGUIRRE e ÍÑIGO MÉNDEZ VIGO y MONTOJO, *La Constitución Europea*, Universidad Complutense de Madrid, Editorial Actas, Madrid, 1994.

vestigar las distintas respuestas posibles», y de avanzar en el proceso de constitucionalización *in nuce* de la estructura jurídico-política de la Unión Europea, como un proceso abierto y en curso, desde los primeros pasos de la integración europea tras la Segunda Guerra Mundial⁸⁵⁶ con la creación de la Comunidad en un principio, y de la Unión Europea después, si bien el fracaso de la Comunidad Europea de Defensa en 1954 demoró la integración política, en aras de una integración económica. La propias características del proceso de integración europea dificultan que se pueda pensar que nos encontramos en un documento fundacional del tipo de los existentes en los Estados nacionales, si bien no puede dejar de intentarse la conclusión del período de enorme vacío político que ha supuesto centrarse sólo en el mercado interior y las políticas complementarias a éste.

Con todo, y como resulta harto conocido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha venido fomentando desde bastante tiempo atrás, y mediante una línea jurisprudencial comprometida, el desarrollo de una arquitectura constitucional propia (efecto directo, primacía del derecho comunitario sobre los derechos nacionales, referencias a los derechos fundamentales, separación de poderes...) ⁸⁵⁷.

El proyecto de Constitución, con el que se espera concluya cristalizando un auténtico «demos» europeo, tiene sus antecedentes más remotos en la retórica constitucional dedicada a calificar en todos los sentidos del término los tratados comunitarios en el estado que presentaban en cada momento, y se remontan a los momentos iniciales de las Comunidades⁸⁵⁸. Sus antecedentes más próximos habría que fijarlos en los anteproyectos que a estos efectos han venido pacientemente elaborados por el Parlamento Europeo entre los años 1984 («proyecto Spinelli», en el que se habla de tratado-Constitución) y 1994 («proyecto Herman», en el que ya se hablaba abiertamente de Constitución europea⁸⁵⁹), sin que pasasen de tal condición provisional, ni tuviesen ningún tipo de continuidad formal. A

⁸⁵⁶ LEON N. LINDBERG y STUART A. SCHEINGOLD, *Europe's would-be polity*, Prentice Hall, New Jersey, 1970; ID., (editores), *Regional integration: Theory and Research*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1971; STUART A. SCHEINGOLD, *The role of law in European integration: the path of the Schuman Plan*, Yale University Press, New Haven, 1965; JOSEPH H. H. WEILER, «La transformación de Europa» (1941), en ID., *Europa, fin de siglo*, trad. cast. de María Angeles Ahumada Ruiz, Colección «Cuadernos y Debate», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 13-125, la cita en pág. 26.

⁸⁵⁷ ERIK ODDVAR ERIKSEN y JOHN ERIK FOSSUM, *The EU and Post-National Legitimacy*, ARENA Working Papers, WP, 00/26.

⁸⁵⁸ JÖRG GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997, pág. 123.

⁸⁵⁹ JEAN-VICTOR LOUIS, «Les projets de constitution dans l'histoire de la construction européenne», en PAUL NAGMETTE (director), *La Constitution de l'Europe*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2000, págs. 41-52.

estos antecedentes habría que adicionarles las iniciativas adoptadas por la Comisión en las que se postulaba un nuevo estilo de gobernar para una Europa en la que se asegurasen una serie de objetivos y valores comunes⁸⁶⁰.

En sus borradores más recientes el proyecto redactado por la Convención, comporta un Preámbulo —con la correspondiente y aireada controversia acerca de si debe o no mencionarse explícitamente o destacar en el mismo el papel decisivo jugado por las raíces cristianas en la configuración del espíritu, las instituciones y los valores de nuestra cultura europea común—, cuatrocientos noventa y tres artículos, divididos en tres partes, más una cuarta parte de disposiciones finales y cinco protocolos anejos.

Proyecto de Constitución que atesora avances notables hacia una Unión más eficaz, más segura y más influyente en el mundo, y en el que se determina la nueva distribución de cuotas de poder a los distintos Estados miembros en el seno de las instituciones comunitarias, mediante el que se redistribuye y reequilibra la existente en el pasado, ya que se viene a modificar sustancialmente el complejo acuerdo alcanzado al respecto por asentimiento tras muy duras negociaciones, y ratificado por todos los Estados, en el vigente Tratado de Niza (2000)⁸⁶¹, la última gran reforma de la Unión Europea, acerca de los índices de representación atribuidos a cada uno de los distintos países, restando poder a las potencias pequeñas y medianas (España y Polonia).

Se ha tratado de simplificar además los procesos de toma de decisiones, en el sentido de que, a partir de noviembre de 2009, se considerarán aprobadas en el Consejo; cuando las respalde una mayoría de países (al menos trece a partir de la próxima ampliación) y siempre que representen éstos al menos al sesenta por ciento de la población europea, es decir, que

⁸⁶⁰ Commission of the European Communities, «Communication from the Commission, Strategic Objectives 2000-2005», «Shaping the New Europe», 9 de febrero de 2001; ID., «White Paper on European Governance, Enhancing Democracy in the European Union»; ID., «Work Programme», 11-10-2000; ID., «European Governance», A White Paper, 25 de julio de 2001.

⁸⁶¹ RICARDO ALONSO GARCÍA, «Estudio Preliminar», en *Tratado de Niza y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea*, Editorial Civitas, Madrid, 2001; ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, ARACELI MANGAS MARTÍN *et alii*, *El Tratado de Niza. Análisis, comentarios y texto*, Editorial Colex, Madrid, 2002; ENRIQUE LINDE PANIAGUA y PILAR MELLADO PRADO, *Iniciación al Derecho de la Unión Europea. Adaptado al Tratado de Niza*, Biblioteca Jurídica de Bolsillo, Editorial Colex, Madrid, 2003; ID., *El sistema político de la Unión Europea*, Colección «Europa Quince», Ed. Pirámide, Madrid, 1999; ID. *et alii*, *El futuro de la Unión Europea: después de Amsterdam, ¿qué?*, Editorial Colex, Madrid, 1999; JOSÉ-IGNACIO TORREBLANCA, «El margen institucional y político en la Europa ampliada más allá de Niza», en *Papeles de la Economía Española*, núm. 91, 2002.

los votos de cada país estarán en relación directa con su población (condición que no se requería en el Tratado de Niza).

Proyecto de Constitución que, al parecer —este extremo se discute, y se valoran de forma diferente los mismos textos— consagraría el modelo de federalismo intergubernamental como el modelo propio de la construcción europea. Modelo político innovador, que configuraría a Europa como una unión de los Estados y de los ciudadanos —y no de pueblos Estados como se decía hasta ahora—, caracterizado por la gestión comunitaria federal de algunas competencias comunes, y la cooperación intergubernamental en otros ámbitos de interés común. En cualquier caso, se ha podido decir, y con razón, que una de las claves del éxito de la integración europea «radica en que el edificio que hemos ido cimentando, construyendo, decorando y engrandeciendo pacientemente a lo largo de medio siglo nunca ha coronado su fachada con un rótulo que lo clasificara inequívocamente dentro de la taxonomía política clásica. A diferencia de lo que sucede con los textos constitucionales nacionales, que proclaman solemnemente una república, una monarquía parlamentaria, una federación, o un Estado social de derecho, los Tratados siempre han rehuído pronunciarse sobre la verdadera naturaleza del ente que paulatina, tentativa y alambicadamente fabricaban»⁸⁶². De aquí que a la hora de identificar la etiqueta de más pertinente atribución al Estado europeo postnacional postulado por Jean-Marc Ferry⁸⁶³, se apuntan propuestas como la de Olivier Beaud a favor de categorizarlo como una modalidad que no se identifica ni con el Estado federal ni con la confederación de Estados, que identifican con el rótulo «Federación plurinacional». No han faltado autores que han entendido que la Unión ha venido funcionando como un sistema de toma de decisiones infranacional⁸⁶⁴. Esto es, como un sistema en el que la mayor parte del proceso de integración se ha debido a personas y grupos que, gozando de hecho de una gran autonomía respecto a invocadas lealtades nacionales o comunitarias, tratan de obtener fines propios en torno

⁸⁶² JÜRGEN SCHWARZE, «La naissance d'un ordre constitutionnel européens», en ID. (director), *La naissance d'un ordre constitutionnel européen. L'interaction du droit constitutionnel national et européen*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2001, págs. 562 y sigs.; JOSPEH H. H. WEILER, «Fédéralisme et constitutionnalisme: le Sonderweg de l'Europe», en RENAUD DELHOUSSE (director), *Une Constitution pour l'Europe*, Presses Universitaires de la FNSP, Paris, 2002, págs. 158 y sigs.; ALEJO VIDAL QUADRAS, «Una ciudadanía europea post-nacional. La identidad colectiva como comunicación», en *Revista de Occidente* (Fundación José Ortega y Gasset, Madrid), núms. 266-269, julio-agosto de 2003, págs. 109-117, la cita en pág. 113.

⁸⁶³ JENA-MARC FERRY, *La question de l'Etat européen*, Ed. Gallimard, Paris, 2000.

⁸⁶⁴ JOSÉ-MARÍA DE AREILZA, *Soberanía e infranacionalidad: Modos de integración y paradigmas de la toma de decisiones europea*, IE Working Paper/derecho, WOE/D02/03, Instituto de Europa, Madrid, mayo de 2003.

a cuestiones en apariencia técnicas. Ni quienes con Dimitris N. Chryssochoou se han remitido al concepto althusiano de consociacionismo para explicar la naturaleza de la Unión, como una federación de corporaciones en gran medida autónomas⁸⁶⁵.

La Convención ha venido a proponer la constitucionalización del modelo europeo de sociedad. Modelo caracterizado por la existencia de un mercado limitado por cierta intervención social. Los analistas de la medida, al valorarla e identificar su finalidad, la atribuyen al decidido propósito de los constituyentes, de consagrar lo que se ha dado en denominar «el paso del mercado al espacio de la ciudadanía» con la aparición (por la vía normativa a partir del Tratado de Maastricht) y la progresiva consolidación de una incipiente ciudadanía de la Unión, una ciudadanía jurídica, política y social que trata de llegar a ser lo más transnacional y lo menos supranacional posible. Por otra parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea solemnemente proclamada en Niza el siete de diciembre de 2000, por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión⁸⁶⁶ —que de acuerdo con su preámbulo definen «un porvenir basado en valores comunes», ha visto reconocido su valor jurídico pleno —del que carecía—, al incorporarse, en sus propios términos, al proyecto de Constitución para Europa elaborada por la Convención como su Parte Segunda⁸⁶⁷.

En el proyectado artículo 3.3 se declara como objetivo prioritario de la Unión Europea la creación de un área de prosperidad, insistiendo de forma reiterada en su irrenunciable componente social: economía social de mercado, tendencia a satisfacer los objetivos del pleno empleo y del progreso social, desarrollo sostenido, mejoría de la calidad del medioambiente, igualdad, solidaridad entre generaciones y cohesión económica y social.

⁸⁶⁵ DIMITRIS B. CHRYSOCHOOU, *Integration Theory and Treaty Reform. A Consociationalist Approach*, página web: <http://www.cx.ac.uk/shipss/polities/research/strategies/civil.4.0.0/ndf>.

⁸⁶⁶ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. C 364 de 18 de diciembre de 2000. Vid. «Anexo. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en el volumen de JOSÉ-JUAN GONZÁLEZ ENCINAR (dir.) et alii, *Derecho Constitucional. España y Unión Europea. El derecho vigente en tiempo real*, Códigos Ariel, Editorial Ariel, Barcelona, quinta edición, septiembre de 2003, págs. 1407-1414.

⁸⁶⁷ HUGHES DUMONT y SÉBASTIEN VAN DROOGHENBROECK, «La contribution de la Charte à la constitutionnalisation du droit l'Union Européenne», en JEAN-YVES CARLIER y OLIVIER DE SCHUTTER (directores), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 2002, págs. 61-96; LUCIA SERENA ROSSI, «Constitutionnalisation de l'Union européenne et des droits fondamentaux», en *Revue Trimestrielle de droit européenne*, vol. XXXVIII, 1, 2002, págs. 27-52.

Sabido es —y no careció de consecuencias, más que en la práctica efectiva, en el terreno de las pretensiones de los sectores de la Unión con preocupaciones sociales— que el Tratado de Maastricht proclama el principio de la subsidiaridad⁸⁶⁸. En la «Declaración» sobre el futuro de la Unión que constaba en el Acata final de la Conferencia de Niza, el Consejo Europeo se comprometía a tomar en consideración las iniciativas adecuadas a los fines de «establecer y supervisar un delimitación más precisa de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros que refleje el principio de subsidiariedad».

La referencia a la búsqueda comunitaria de la prosperidad como valor al que la Unión debe servir resulta congruente con la propia historia de la integración europea desde sus años formativos, esto es, desde que en 1951 Francia, Alemania, Italia y los Países del Benelux concluyeron el Tratado de París, por el que se establecía la Comunidad Europea del carbón y del acero, y tuvieron continuidad en los acuerdos que siguieron a éste, y permitieron avanzar en el proceso de integración.

En este sentido, será preciso recordar que el artículo segundo del Tratado de Roma al reseñar los objetivos de la comunidad no pudo por menos que disponer: «la Comunidad tendrá por misión promover... un desarrollo armónico de las actividades económicas en el ámbito de la comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida...». Disposición que se ve concretada con la Decisión del Consejo de las Comunidades Europeas de diecinueve de diciembre de 1984, mediante la que se establece que deben ser considerados pobres todos los individuos, familias y grupo de personas, cuyo nivel de recursos (materiales, culturales y sociales) los excluya del nivel de vida aceptable en el Estado miembro en el que vivan.

La expresa referencia a la búsqueda de la prosperidad presentaría sin duda, la incorporación como objetivo de la propia Unión de una aspiración dotada de una dimensión inequívocamente idealista, y que remite a la concepción de la persona humana propia de la Ilustración. Concepción en la que la pobreza evocaba lo embarazoso de la dependencia de los demás, y la degradación que padecen las personas que la viven, por lo que tal situación tiene de falta de una autonomía en el más pleno sentido del término⁸⁶⁹. Las políticas de lucha contra la pobreza características de los Es-

⁸⁶⁸ MARK KLEINMANN, *A European welfare state?: European Union social policy in context*, Palgrave, Houndmills, 2001; CARL CHRISTIAN VON WEIZSÄCKER, «Sozialstaat und soziale Kapitalismus Deutschland», en *Universitas* (Stuttgart), vol. LV, 2000, 645, págs. 232-240; ID., *Steady State Capital Theory*, Springer Verlag, Berlin, 1971.

⁸⁶⁹ PAUL CHRISTOPHE, *Para leer la historia de la pobreza*, trad. cast. de Nicolás Darrical del original en francés, *Les pauvres et le paupérisme*, Ed. Verbo Divino, Navarra, 1989; PHILIPPE C. SCHMITTER y JOSÉ I. TORREBLANCA, *Old foundations and the rules for an enlarged*

tados del Bienestar se concretan, básicamente, en medidas redistributivas y en la prestación de recursos de carácter universalista.

La Constitución proyectada, cuya entrada en vigor está prevista para el 2006, habrá de transferir mayores poderes a la Unión —si bien se reconoce el respeto a los Estados miembros, que alcanza incluso a la «autonomía local y regional»— y deberá reorientar el reparto de poder entre las instituciones comunes y las instituciones de los Estados miembro, asignando un papel destacado a los parlamentos nacionales.

En todo caso la propuesta de Constitución tiene la ambición de proceder a una reasignación de competencias atendiendo a la naturaleza del objeto de regulación. Los Estados atribuyen ciertas competencias exclusivas a la Unión, como la política monetaria, la política comercial, la unión aduanera, la conservación de recursos pesqueros y las negociaciones de tratados internacionales. Ahora bien dentro de los ámbitos de competencias exclusivas, el concerniente a política exterior y seguridad y defensa se configura como cuestiones en las que la Unión deberá ir asumiendo progresivamente protagonismo, y en las que se mantiene el derecho al veto, que desaparece con carácter general en los otros ámbitos. A estos efectos dispone que tengan la condición de materias de competencia compartida entre los Estados y la Unión: el mercado interior, libertad, seguridad y justicia, agricultura y pesca, transporte, enseñanza, política social, cohesión, medioambiente, consumidores y salud pública.

El proyecto reconoce por primera vez en un tratado europeo la personalidad jurídica de la Unión, e incorpora una auténtica definición de la Unión Europea —«unida en su diversidad», tal y como se afirma en el «Preámbulo» del Proyecto de Carta Magna que prefigura y proporciona sentido a todo el articulado, y se abre con las palabras de Pericles (*circa* 495-429 a.J.C.) en el discurso fúnebre que dedicó a los atenienses muertos el primer año de la guerra del Peloponeso (Tucídides, 2.34-46), acaso la página más atractiva y sentida de toda la historia del pensamiento político. Unión Europea presentada como «un espacio privilegiado para la esperanza humana», identificando como valores comunes en los que se basa la Unión el respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igual-

European Union, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, Centro de Estudios Avanzados de Ciencias Sociales, Madrid, 1997; PHILIPPE C. SCHMITTER, *The european community as an emergent and novel form of political domination*, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, Centro de Estudios Avanzados de Ciencias Sociales, Madrid, 1991; JOSEPH H. H. WEILER, «Europa después de Maastricht: La nueva túnica, ¿tiene un emperador?» (1994), en ID., *Europa, fin de siglo*, trad. cast. de José-María de Areilza y Cristina Martínez del Peral, con «Prólogo» de Francisco Rubio Llorente, Colección «Cuadernos y Debate», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 167-197, la cita en págs. 177-178.

dad, el Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos— y en los más recientes borradores excluye la posibilidad del recurso al veto en la regulación de la Seguridad Social.

En el marco del nuevo escenario que el proyecto de Constitución diseña, y en el que en la práctica se duplican las áreas en las que las decisiones se adoptan no por unanimidad, sino mediante mayoría cualificada (que pasan de treinta y cuatro a setenta; en concreto, todas las relacionadas con seguridad y justicia, la política agraria y los fondos estructurales) sin que ningún Estado miembro pueda ejercer el derecho a vetarlas individualmente⁸⁷⁰. En veintisiete ámbitos desaparece la condición de que las decisiones deban adoptarse por unanimidad, evitando la parálisis de la Europa a veinticinco en ciernes.

Se establecen algunas novedades dignas de reseñar, bien que someramente:

a) Se reconoce la personalidad legal de la Unión (art. I-6) y la primacía de la Constitución respecto a las leyes de los Estados miembros en las competencias atribuidas a la Unión (artículo I.1.I).

b) Se reconoce una nueva ciudadanía, la ciudadanía europea, que se adivina a cada una de las nacionalidades (art. I.8.I).

c) La Comisión será presidida por quien resulte elegido para la función mediante mayoría simple de la Eurocámara, a propuesta adoptada por mayoría cualificada del Consejo Europeo.

d) El Consejo se institucionaliza, abandonándose el actual sistema de presidencias rotatorias, y se determina la existencia de un Presidente elegido por mayoría cualificada por dos plazos máximos de dos años y medio.

e) Los Consejos de Ministros sectoriales —que serán presididos por uno de los ministros representantes de los países miembros ateniéndose a un sistema de rotación igualitaria y por períodos de un año, salvo el Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores, con el que se encarnan las políticas anteriores de la Unión Europea, que será presidido por el Ministro de

⁸⁷⁰ DAVID AMSTRONG, LORNA LLOYD y JOHN REDMOND, *From Versailles to Maastricht International organisation in the Twentieth Century*, Macmillan, London-Basingstoke, 1996; FULVIO ATTINÀ, *Introducción al sistema político de la Comunidad Europea*, trad. cast. de A. Elvira, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; ID., *La política internacional contemporánea*, Collana di Scienza politica e relazioni internazionali, Ed. Franco Angeli, Milano, 1989; FULVIO ATTINÀ y DARIO VELO, *Dalle comunità all'Unione Europea*, Associazione Universitarie di Studi Europei, Bari, 1994; L. FAWCHETT y A. HURELL (compiladores), *Regionalism and World politics. Regional organization and international order*, Oxford University Press, Oxford, 1995; G. MAJONE, *Regulating Europe*, Routledge, London, 1996; A. S. M. MILWARD, *The European rescue of the nation-state*, Routledge, London, 1992.

Asuntos Exteriores de la Unión, figura nueva creada por el artículo I. 27 del proyecto, el cual estará al frente de la política exterior común, será elegido, mediante mayoría cualificada por el Consejo Europeo y ejercerá simultáneamente una de las Vicepresidencias de la Comisión Europea—adoptarán sus decisiones, si no se establece expresamente lo contrario, por mayoría cualificada.

f) La Unión europea se compromete a respetar las funciones esenciales del Estado, en particular aquellas que tienen por objeto garantizar la integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad interior. Establece un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, creándose un Comité Permanente de Seguridad Interior para controlar las fronteras exteriores. Los distintos Estados disponen de un derecho de veto interno respecto a la creación de un nuevo Estado desgajado de parte de su territorio, junto con un derecho de veto externo con respecto a la admisión del nuevo Estado en la Unión⁸⁷¹.

g) Por lo que concierne a la función legislativa se trata de una competencia que compartirán el Consejo de Ministros y el Parlamento Europeo⁸⁷² —institución que amplía su poder político, ganando importancia en el esquema constitucional europeo, ya que todas las decisiones del Consejo salvo las concernientes a Exteriores, Defensa y algunas otras menores, han de ser aprobadas por la Eurocámara, que elegirá al presidente de la Comisión Europea a propuesta del Consejo Europeo— ateniéndose para su ejercicio a la compleja figura jurídica llamada «codecisión». Cuando el Consejo de Ministros actúa en el ejercicio de las funciones legislativas que tiene atribuidas sus debates deberán tener la misma publicidad que han de tener los debates que se desarrollen en el Parlamento Europeo. Se simplifican las figuras normativas, reducidas ahora a cinco: 1) Ley europea, que será general y obligatoria en todos los Estados miembro. 2) Ley marco; que deja la decisión a cada uno de los Estados su forma de aplicación. 3) Reglamento; figura no legislativa, que puede tener o no condición obli-

⁸⁷¹ JOSÉ-MARÍA DE AREILZA, «El régimen antisección de la Unión Europea», en *Cuadernos de Alzate*, vol. XXVII, 2003; ID., «Regiones y la Unión Europea: ¿dónde están los límites?», en *Cuadernos de Alzate*, vol. XXV, 2001; ANDRÉS ORTEGA y JOSÉ MARÍA DE AREILZA, «Escisión y permanencia en la Unión Europea. Aproximación a un marco teórico sin precedentes», en *Claves de Razón Práctica*, vol. I, mayo de 2000; CHARLES POWELL y JOSÉ-MARÍA DE AREILZA, *Informe del Real Instituto Elcano sobre el Tratado Constitucional: una visión española del futuro de la Unión Europea*, Madrid, mayo de 2003.

⁸⁷² ERNST KUPER y U. JUNG (compiladores), *Nationales Interesse und integrative Politik in transnationalen parlamentarischen Versammlungen*, Leske Budrid, Opladen, 1997; ERNST KUPER, *Frieden durch Konfrontation und Kooperation: die Einstellung von Gerhard Schroeder und Willi Brandt zur Entspannungspolitik*, Sozialwissenschaft Studien, G. Fischer, Stuttgart, 1974.

gatoria, dependiendo tal atributo de si alude a una ley europea o a una ley marco. 4) Decisión, que es un acto no legislativo, pero si obligatorio; y, finalmente. 5) Recomendaciones que son adoptadas por las instituciones europeas, pero que no tienen carácter vinculante.

Todo parece abundar en que el proyecto de Constitución europea resulta especialmente urgente aquí y ahora, ya que dentro de menos de un año (a partir de mayo del 2004) la Unión Europea conocerá la eficacia plena de la ya acordada ampliación de sus componentes de catorce a veinticinco Estados⁸⁷³, estando previsto que cuatro años después se incorporen dos más —Rumanía y Bulgaria—. Todavía está lejos la integración de la totalidad de los Estados soberanos que conviven en la pequeña península de Asia, siempre a punto de ser administrada por una comisión estadounidense, según la humorada ocurrencia de Paul Valéry.

Ante el reto que supone la eminente en el tiempo, y relevante por su alcance, ampliación de la Unión Europea, que hace difícil, si no imposible, mantener la actual estructura institucional⁸⁷⁴, y la apertura de nuevos espacios de cooperación en el ámbito comunitario a fin de desarrollar un modelo de integración que no responda exclusivamente a una lógica economicista⁸⁷⁵, que ha determinado la disparidad entre una interdependencia económica fuerte y una interdependencia débil⁸⁷⁶, pocos dudan que ésta necesitará haber procedido previamente a la redefinición rigurosa de su rumbo, al menos en un futuro a medio plazo, y sin que se dé lugar a equívocos, malentendidos o expectativas difícilmente susceptibles de ser satisfechas.

Con esta inminente ampliación de sus componentes, la Unión Europea viene a quebrar las líneas de actuación que habían pautado los anteriores procesos de integración europea, cuando en las incorporaciones y amplia-

⁸⁷³ ENRICO LETTA, *L'allargamento del 'Unione europea*, Col. «Farsi un 'ideal», Società Editrice Il Mulino, Bologna, 2003.

⁸⁷⁴ DIMITRIS N. CHRYSOCHOW, *Theorizing European Integration*, Sage Ltd., London, 2001.

⁸⁷⁵ J. FREYSSINET, «Euro, emploi et politique social: Trois scénarios», en *Chronique internationale de l'IRE*, núm. LVI, enero de 1999; E. GABAGLIO, «La Europa social después de Maastricht», en *Economía y Sociología del Trabajo*, núm. XVII, 1992; J. GOETSCHY, «The European Employment Strategy from Amsterdam to Stockholm has it reached it cruising speed net?», en B. TOWERS y M. TERRY (editores), *Industrial Relations Journal: European Annual Review*, Blackwell, London, 2001; L. LÁZARO, «La convergencia real y la cohesión económica y social en la Unión Europea después de la Agenda 2000», en *Gaceta Sindical Monográfico. Reflexiones sobre la Europa Social*, núm. 178, septiembre de 1997; P. POCHET, «Les pactes sociaux en Europe dans les années 1990», en *Sociologie du Travail* (Paris), núm. 2, vol. XL, 1998.

⁸⁷⁶ JÜRGEN HABERMAS, *So, Why does Europe need a Constitution*, European University Institute Robert Schuman Centre of Advanced Studies, octubre de 2002.

ciones que sucesivamente se iban produciendo, se partía del supuesto de la fuerte, o al menos la consistente, semejanza de las condiciones económicas y sociales de los Estados que accedían a la condición de miembros de las Comunidades⁸⁷⁷, con las condiciones existentes en el seno la misma.

Circunstancia especialmente apreciable en los momentos iniciales, en los que todos sus integrantes se encontraban entre los principales países europeos con mayores niveles de desarrollo, con altos grados de industrialización y de renta, y relativamente homogéneos también en sus estructuras productivas.

Si bien, y al haberse ido configurando el Estado del Bienestar desde una óptica básicamente nacional, las diferencias en los objetivos, las lógicas y las políticas sociales de los distintos Estados miembros eran más notorias que las existentes en el ámbito de los objetivos, las lógicas y las políticas económicas. Es sabido que hubo diferentes maneras de concebir y organizar la economía de mercado.

La ampliación de la Unión Europea de quince a veinticinco socios, va a suponer, a partir del próximo año una ruptura, que acaso pueda llegar a ser traumática de los mecanismos que han venido regulando este espacio económico, con la irrupción en el mismo de economías dotadas de un alto potencial de crecimiento y en donde se dan costes laborales notablemente más bajos que en la mayoría de los Estados miembros y desde luego que en los seis países fundadores de la Unión Europea.

Como ha venido ocurriendo a lo largo de todos los procesos que dieron lugar a los cuatro tratados de la Unión, de nuevo en este caso la negociación del calendario que determina las fechas de la entrada en vigor de las distintas reformas se ha convertido en protagonista.

VI.2. En el texto de Barón, García Perulles y Martínez que no pretende, ni mucho menos, ir al paso de los acontecimientos, pero tampoco desea quedar demasiado lejos de ellos, no se ofrece ninguna profecía mediante la que se pretenda anunciar lo que haya de suceder en esa obsesiva preocupación llamada mañana⁸⁷⁸.

Sabido es que tal y como escribiera con su inigualable facilidad para el aforismo y la autoparodia, el «niño mimado de la mitología de nuestro

⁸⁷⁷ FULVIO ATTINÀ, «Globalización y sistemas multistatales: el ejemplo europeo», en ID., *El sistema político global...*, ob. cit., ed. cit., trad. cit., págs. 169-180, la cita en pág. 178; JACKIE GOWER y JOHN REDMOND (editores), *Enlarging the European Union: the way forward*, Aldershit, Stansts-Brookfield-Ashgate, 2000; JOHN REDMOND (editor), *Prospective Europeans: new members for the European Union*, Harvester Wheatsheaf, New York, 1994.

⁸⁷⁸ EMILIO ROMERO (1917-2003), *Cartas al pueblo soberano*, Afrodísio Aguado, SA, Madrid, segunda edición, diciembre de 1965, pág. 15.

tiempo»⁸⁷⁹ Sir Winston Churchill-Leonard Spencer (1874-1965), personaje que, casi cuarenta años después de su desaparición física, constituye un ícono de la historia contemporánea y sigue ejerciendo ese irresistible magnetismo que subyugó a sus contemporáneos, «el hombre de Estado digno de poder ser considerado como tal, debe de estar en disposición de prever lo que ocurrirá dentro de los diez años venideros, pero también debe poder explicar diez años más tarde, cuáles fueron las razones para que no sucediera lo que había anunciado». Parece fuera de toda duda que ninguna ciencia aplicada al estudio del mundo social se encuentra en disposición de disminuir de manera radical la probabilidad de errar en sus previsiones⁸⁸⁰.

Con todo, en el conjunto de la obra, se despliega, de una forma tan clara como sucinta, la ambición de avanzar hacia la cristalización de un sistema europeo de salud que haga factible una atención equitativa e igualitaria a los ciudadanos por parte de todos los distintos servicios nacionales de salud en el conjunto de los territorios de la Unión Europea. David Mitran, el principal exponente de la teoría pluralista en el pensamiento funcionalista de principios de los sesenta del siglo pasado, bien pronto supo poner de manifiesto la existencia de una serie importante de actividades o funciones desarrolladas común y tradicionalmente por los Estados-nación que para poder llevarse a cabo con éxito requieren casi siempre de la coordinación y de la cooperación internacional. Entre estas tienen un papel protagonista las actividades que procuran asegurar la calidad y las condiciones deseables en el ámbito de la sanidad pública, y que reclaman transferir determinadas funciones que desplegaban los Estados a organizaciones internacionales, renunciando a importantes cuotas de soberanía, reasignando competencias en estas organizaciones⁸⁸¹.

En el nuevo sistema global que se impone en el entorno internacional, los gobiernos no pueden continuar ejerciendo bastantes de las competencias que han venido ejerciendo de modo indiscutido, sin recurrir para ello a formas de cooperación y coordinación internacional. La seguridad pública, el desarrollo económico, la seguridad social y la protección de la so-

⁸⁷⁹ FRANÇOIS BÉDARIDA, *Churchill*, trad. cast. de Miguel Veyrat, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 2003; SEBASTIAN HAFFNER, *Winston Churchill. Una biografía*, trad. cast. de Rosa Sala Rosce, Editorial Destino, Barcelona, 2003; ROY JENKINS (n. 1920), *Churchill* (2001), «Epílogo» de Simon Schama, trad. cast. de Carmen Camps Monfá, Ediciones Península, Colección Atalaya, Barcelona, noviembre de 2002.

⁸⁸⁰ FULVIO ATTINÀ, «Entender un mundo más pequeño y más complicado», en ID., *El sistema político global. Introducción a las relaciones internacionales...*, ob. cit., trad. cit., págs. 17-22, la cita en pág. 20.

⁸⁸¹ DAVID MITRAN, *A Working Peace system* (1945), Quadrangle Books, New York, 1966.

ciedad se cuentan entre estas cuestiones que se han terminado incorporando, acaso para no abandonarla, a la agenda del sistema político global. Se trata, ¿cómo es posible negarlo?, de problemas que tienen dimensiones, o producen consecuencias, que sobrepasan además de las fuentes estatales, la capacidad de respuesta individual de los distintos Estados territoriales y que, en todo caso, requieren para su efectividad del refuerzo que pudieran aportarles la cooperación internacional.

Los distintos Servicios Nacionales de salud de la Unión Europea configuran un conjunto en el que salta a la vista la existencia de una grandísima heterogeneidad de situaciones en los diferentes países europeos. Las dispares condiciones que determinaron su constitución siguen proyectando sus efectos en el funcionamiento y en las estructuras actuales de los mismos⁸⁸².

Como es sabido, el Servicio Nacional de Salud español no es producto de una creación deliberada conforme a un diseño *ex novo* que se materializara en un momento dado, sino más bien el resultado del tránsito a partir de un modelo de seguro obligatorio de enfermedad, instaurado en 1942 y actualizado por la Ley de la Seguridad Social de 1963 —en el que la asistencia sanitaria de la Seguridad Social era de base mutualista, financiada por cuotas de empleados y empleadores, cobertura no universal y orientación reparadora (no preventiva)— a un modelo de Servicio Nacional, mediante la agregación de colectivos de profesionales, conjuntos de hospitales y la adición de recursos de todo tipo, de muy variada procedencia y de muy diferente entidad. Por si pudiese valer la metáfora no ha habido una obra codificadora sino de compilación, o a lo más, se ha redactado un texto articulado.

Se procedió, a partir de 1981, a recorrer simultáneamente un doble trayecto transformador: a) la reforma sanitaria, y b) la descentralización de los servicios y de la administración sanitaria. Esta descentralización ha tenido tal alcance que nos ha terminado alineando con aquellos países de mayor grado de descentralización de todos los que disponen de un seguro nacional amplio, o de un Sistema Nacional de Salud.

No se trata, ciertamente de una experiencia exclusivamente española. El proceso de reestructuración política y social del Reino Unido hacia una descentralización política y organizativa en curso, afecta a ciertas materias de contenido social (fomento y búsqueda de empleo, seguridad y salud en el trabajo, asistencia social...) ⁸⁸³ cuya competencia se transfiere a los nue-

⁸⁸² ETIENNE DE CALLATAY (editor), *Les soins de santé en Belgique: faits et arbitrages*, De Boeck Université, Louvain-la-Neuve, 2003 (en particular, FRANK VANDENBROUCKE, *Equité en soins de santé*; MICHEL JADOT, *L'Avenir de notre politique de santé*; JOËLLE CARTON, *Le réformisme du financement des hôpitaux: la notion d'activité justifiée*).

⁸⁸³ P. DAVIES y M. FREELAND, *Labour Legislation and public policy*, Oxford University Press, London-New York, 1993.

vos entes creados como consecuencia del proceso de descentralización de poderes en que el Reino Unido se encuentra inmerso desde hace casi una década. Como es notorio, el Reino Unido hasta hace bien poco era un Estado en buena medida centralizado, aun cuando siempre estuvo compuesto por territorios cuyas diferencias culturales, históricas y lingüísticas resultaban notorias (Gales, Escocia y el Norte de Irlanda). El proceso de descentralización que ha llevado a la atribución de poderes legislativos al Parlamento de Escocia y a la Asamblea del Norte de Irlanda, y de competencias del tipo «poder de desarrollo a la Asamblea de Gales, aun cuando la transformación no implique una total pérdida de los poderes atribuidos al Parlamento del Reino Unido sobre estos territorios, por carácter limitado. Pero sí que ha abierto un proceso de redistribución de competencias que ha tomado cuerpo, entre otras, en tres leyes con previsiones excepcionalmente singulares en lo que a su entrada en vigor concierne: la «Scotland Act 1988» (de 19 de noviembre de 1998), la «Northern Ireland Act 1998» (de 19 de noviembre de 1998) y la «Government of Wales Act 1998» (de 31 de julio de 1998)⁸⁸⁴.

Los avances de la Unión Europea hacia la definición de una auténtica ciudadanía social europea —esto es, hacia unas condiciones en las que todos los ciudadanos de la Unión lleguen a disfrutar de las mismas condiciones, niveles de vida y oportunidades con independencia de su lugar de nacimiento o de residencia—, que sería la prueba más elocuente de los progresos de la cohesión social en el ámbito comunitario, en aras a lo que algunos llamaron la consecución de la convergencia real, sólo han sido irregulares, con sus correspondientes parones y moratorias, y a veces hasta se les podría calificar incluso de erráticos.

Acaso haya contribuido a que así se produzcan las cosas el impulso prioritario, al menos hasta la fecha, de un modelo de integración que ha primado el desarrollo de un proceso de liberalización económica, mediante el que se ha facilitado la integración de los mercados de los distintos Estados miembros, con una insuficiente política supranacional, y sin una significativa coordinación de las políticas nacionales, y sin que se concluyeran por producirse compromisos de cooperación efectiva en los ámbitos de la política social y laboral, lo que ha determinado la fragmentación existente en el seno de la Unión entre espacios que cuentan con niveles de desarrollo mayores o menores, a lo que hay que sumar el hecho de que los distintos Estados miembros concurrieron en la parilla de salida

⁸⁸⁴ ANGELES CEINOS SUÁREZ, «El proceso de reestructuración del Reino Unido y su posible incidencia en el tema social», en *Anuario. Parlamento y Constitución* (Cortes de Castilla-La Mancha-Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo), año 2000, núm. 4, págs. 171-197.

con niveles en ocasiones bastante diferentes de capacidad productiva y de desarrollo económico, y continúan participando en esta etapa de la construcción europea desde condiciones de todo tipo bien desiguales, lo que ha determinado la existencia dentro de la Unión Europea de notables variaciones por lo que concierne al reparto de las cargas sociales, así como en la regulación de los regímenes fiscales —en cuyo ámbito se aprecia una tendencia a la desfiscalización competitiva y una alarmante falta de armonización fiscal—. Todo ello ha determinado que cada sociedad tenga una configuración propia de los derechos sociales, estrechamente unida a sus pautas de estratificación social y que ha dado lugar a combinaciones cualitativamente diferentes entre la intervención pública, el papel reservado a la familia y a los mercados⁸⁸⁵. Bien ciertos es que el mercado único lima asperezas y desigualdades, pero no es menos cierto que también refuerza otras desigualdades. Unas, desde luego, las reduce, y las elimina en ocasiones; otras, en cambio, las exagera, así sucede por ejemplo con las existentes entre las distintas clases sociales y entre las diferentes regiones de la Unión⁸⁸⁶.

Resulta especialmente destacable el rigor con que en el texto se analizan los contrastes existentes entre las diversas realidades nacionales, así como las distintas variantes a la hora de hacer plenamente efectivos los artículos ciento cincuenta y dos y ciento cincuenta y tres del Tratado de la Comunidad Económica Europea. Pues de todos es sabido que el contenido y alcance real de estos derechos sociales, como por otra parte sucede, si bien con matices, con respecto a todo tipo de derechos sociales en prácticamente todos los países en la medida en que son propiamente «derechos créditos» o «derechos programáticos»⁸⁸⁷ (en contraste con lo que sucede con los derechos civiles o políticos) no se encuentra estáticamente fijado, de una vez por todas, ya que se ve sometido a las variables y distintas condiciones de una sociedad en evolución, y a su correspondiente grado de desarrollo o de estancamiento, se correlacionan en cada caso con las condiciones presentes, y siempre sometidas a todo tipo de contingencias, no siempre fácilmente previsibles, en las distintas etapas de evolución y en las diferentes coyunturas. De nuevo los hechos y las prácticas sociales e ideo-

⁸⁸⁵ SEBASTIÁN SARASA URDIOLA, «Régimen de bienestar», en ANTONIO ARIÑO (editor), *Diccionario de la solidaridad*, vol. I, Cuadernos de Solidaridad, núm. 2, Tirant lo Blanch Ed., Valencia, 2003, págs. 421-437, la cita en págs. 421-422.

⁸⁸⁶ IGNACIO SOTELO, «¿Integración o descomposición de Europa?», en JORDI NADAL, *El mundo que viene*, ob. cit., ed. cit., pág. 107.

⁸⁸⁷ LOUIS FAVOREAU, «Origen y evolución del bloque de constitucionalidad», en LOUIS FAVOREAU y FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *El Bloque de Constitucionalidad*, Symposium franco-español de Derecho constitucional, «Presentación» de Javier Pig Royo, Universidad de Sevilla, Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 19-54, la cita en pág. 29.

lógicas desmienten, o al menos relativizan los términos de los enunciados constitucionales⁸⁸⁸.

VI.3. Estoy persuadido de que con su obra, los tres autores conseguirán abrir un marco de debate especialmente adecuado. A estos efectos se comprometen, mediante sus propuestas en sede *lege ferenda*, con la ardua labor de cimentar de esa residencia supranacional⁸⁸⁹, idónea para albergar, en las mejores condiciones posibles, todas las demandas, todos los cometidos, prestaciones y servicios, siempre en crecimiento, que se requieren y urgen a los más modernos sistemas de atención sanitaria, con la finalidad de lograr que se materialice, también en este ámbito, el mercado común que evocaba el artículo segundo del Tratado de Roma, convertido ahora en «mercado interior» en los términos del artículo 8 A del Acta Única.

Libertades que se inscriben plenamente en los fundamentos de la Comunidad, y que aseguran un mercado sin fronteras interiores (artículo ocho del Tratado de la CEE). Las cuatro libertades fundamentales de la Comunidad cooperan en la realización del Mercado Común (artículos dos, tres y ocho del Tratado de la CEE) y del Mercado interior (artículo ocho A), en el marco del proceso de construcción de una Europa (*comunitas communitatum*) dotada de un espacio económico, cultural y político propio, sin que por ello se tenga que renunciar a su innegable vocación cívica universal⁸⁹⁰:

⁸⁸⁸ ANTONIO MORELL BLANCH, «Reflexiones en torno a la idea de pobreza», en *Revista Anthropol. Huellas del conocimiento* (Anthropos Editorial del Hombre, Rubí-Barcelona), volumen 194, 2002, «La pobreza. Hacia una nueva visión desde la experiencia histórica y personal», pág. 10-21, la cita en pág. 21.

⁸⁸⁹ ROBERT E. GOODIN, *Reasons for Welfare: the Political Theory of the Welfare State*, Colección «Studies in moral, political and legal philosophy», Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1988; A. M. Y. GUTMANN, *Democracy and the Welfare State*, Colección «Studies from Project of the Federal Social Role», Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1988; STEIN RINGER, *The possibility of politics: Study in the political economy of the Welfare State*, Clarendon Press, Oxford, 1987; FRANCIS ROSENSTIEL, *Le principe de supranationalité. Essai sur les rapports de la politique et du droit*, A. Pedone, Paris, 1962; ID., *El principio de supranacionalidad: ensayo sobre las relaciones de la política y el derecho*, trad. de Fernando Murillo Rubiera, Colección «Estudios Internacionales», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

⁸⁹⁰ S. I. BENN y R. S. PETERS, *Los principios sociales y el Estado democrático*, trad. cast. del original, *Social principles and the democratic state* (George Alen and Unwin, London, undécima reimpresión, 1977, de la primera edición, 1959), Eudeba, Buenos Aires, 1984; A. M. HONORÉ, «Real Laws», en P. M. S. HACKER y JOSEPH RAZ (editores), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, The Clarendon Press, Oxford, 1977, págs. 108-110; ANTONIO DE LUNA GARCÍA, «España, Europa y la Cristiandad», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 7, págs. 70-71; JOHN HUMPHREY, «Los Derechos Humanos, las Naciones Unidas y el año 1968», en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* (Ginebra), vol. IX, núm. 1, junio de 1968, págs. 1-

a) La libertad de establecimiento —artículos cincuenta y dos a cincuenta y ocho del Tratado de la CEE— y la libre prestación de servicios —artículos cincuenta y nueve a sesenta y seis del Tratado de la CEE—. b) La libertad de circulación de los capitales, una libertad que en la práctica, tal y como tiene declarada la jurisprudencia de la Corte de Justicia de Luxemburgo en la resolución recaída en el «asunto Guerrino Casata» de once de noviembre de 1981, es en Europa «una condición del ejercicio eficaz de otras libertades que se encuentran garantizadas por el Tratado, y singularmente del derecho de establecimiento»; c) La libre circulación de las mercancías —unión aduanera y eliminación de restricciones cuantitativas entre los distintos Estados miembros—, y d) La libre circulación de los trabajadores.

El siglo XX ha sido, en lo que al dominio de los derechos del hombre concierne, el tiempo de la eclosión de las declaraciones y de las convenciones jurídicas, así como el del establecimiento y la configuración de auténticos, y en ocasiones eficaces, mecanismos de control de su eficacia y cumplimiento.

El siglo XXI tal vez habrá de ser el tiempo especialmente oportuno para abordar el desafío de su aplicación efectiva, y para replantear el debate siempre abierto y pendiente en torno a los fundamentos de sus reglas⁸⁹¹. La práctica totalidad de los distintos órdenes jurídicos de los Estados constitucionales contemporáneos han proclamado, reconocido, consagrado y garantizado, al menos formalmente, lo que se ha dado en llamar «nuevos derechos fundamentales»⁸⁹².

17; NEIL MACCORMICK, «Rights in Legislation», en P. M. S. HACKER y JOSEPH RAZ (editores), *Law, Morality and Society*, Clarendon Press, Oxford, 1977; ID., «The Ethics of Legalism», en *Ratio Juris*, vol. II, 1989, págs. 184 y sigs.; O. MEHMET, E. MENDES y R. SINDING, *Towards a Fair Global Labour Market: Avoiding a New Slave Trade*, Routledge, London, 1999; P. MONTAGNE, «Two Concepts of Rights», en *Philosophy and Public Affairs*, vol. IX, núm. 3, 1980; CARL WELLMAN, *Real, Rights*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1985; JOHANNES MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Iter*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1999; MICHAEL J. PERRY, *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*, Oxford University Press, New York, 1998, págs. 11-41; TERJE WOD, «El derecho a la previsión», en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* (Ginebra), vol. IX, núm. 1, junio de 1968, págs. 49-58.

⁸⁹¹ GUY AURENCHE, «Les droits de l'homme, une bonne nouvelle», en RENÉ RÉMOND (director), *Les grands inventeurs de christianisme* (octubre de 1990), tercera edición, Bayard Éditions, Paris, marzo de 2000, págs. 201-226; ID., *La dynamique des droits de l'homme*, Desclée de Brouwer, Paris, 1998; JÜRGEN MELTMANN, *Le fondement théologique des droits de l'homme*, Alliance réformée mondiale, Genève, 1976.

⁸⁹² ANTONIO RUGGERI, «Nuovi diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione», en *Politica del Diritto* (Società Editrice Il Mulino, Bologna), año XXIV, núm. 2, junio de 1993, págs. 183-217; ID., *Le attività consequenziali nei rapporti fra la Corte Costituzionale e il legislatore: Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica*, Facoltà di Giurispru-

Circunstancia que hace que los derechos humanos sean comprendidos de una manera predominante, entre la literatura de crítica del Derecho, como una especie de esperanto que tiene escasas posibilidades de llegar a constituirse en el lenguaje cotidiano efectivo de la dignidad humana en el conjunto del mundo⁸⁹³. No es posible ofrecer una lista definitiva, y por ello mismo cerrada, de los derechos humanos. «Los derechos no son teoremas que se desprenden de las teorías de los derechos o de la ética, son juicios sobre los intereses humanos cuyo contenido cambia con el tiempo, a medida que cambian las amenazas a los intereses humanos»⁸⁹⁴.

Se procedió así a lo que bien podríamos considerar una forma de escenificar las palabras, en una cultura como la nuestra, que si bien atribuye al propio término retórica una serie de connotaciones peyorativas —que se le adhirieron desde mediados del siglo pasado y que lo convierten en sinónimo de discurso emperifollado, demagógico y vacuo⁸⁹⁵—, simultáneamente se encuentra dominada, más allá de lo debido, y a veces dionisiacamente por lo retórico, hasta el punto que «a la postre, y más allá de las apariencias, lo que está haciendo con esa escenificación de las palabras es iniciar, muy decididamente, un proceso creciente de banalización de las ideas» y «tiende por ello mismo a caer con frecuencia en la tentación de hacer de casi todo un derecho del hombre. Se opera como si el concepto de Derecho —vigente entre nosotros desde Roma— fuera insuficiente para la ordenada organización de una sociedad equilibrada. Como si por

denza, Università di Catania-Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998; ID., *La Costituzione allo specchio: linguaggio e materia costituzionale nella prospettiva della riforma*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999; A. BALDASARRE, voz, «Diritti inviolabili», voz «Diritti Sociali» y voz «Libertà I. Problemi generali», en *Enciclopedia giuridica*, volúmenes XI, 1989 y XIX, 1990; L. ELIA, «I diritti umani nella politica, una politica per i diritti umani», en el volumen colectivo, *Diritto umani e politica*, Ed. A.v.e., Roma, 1983, págs. 93 y sigs.; A. CORASANITI, «Note in tema di diritti fondamentali», en *Diritto e Società*, 1990, págs. 189 y sigs.

⁸⁹³ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, London, 1995; ID., *Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme*, trad. del inglés a cargo de Nathalie Jean Alexis, en *Droit et Société. Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique* (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris), vol. XXXV, 1997, págs. 79-96, la cita en pág. 96.

⁸⁹⁴ JOHN GRAY, *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*, trad. cast. de Mónica Salomón del original, *Two faces of Liberalism* (Polity Press-Blackwell Publishers Ltd., Cambridge-United Kingdom, 2000), Colección «Paidós Estado y Sociedad», Ediciones Paidós Ibérica Barcelona, 2001, pág. 132; BENT GREVE (editor), *Comparative Welfare Systems: the Scandinavian Model in a period of change*, St. Martin's Press, New York, 1996; A. GUTMAN, *Liberal Equality*, Cambridge University Press, Cambridge (United Kingdom), 1985.

⁸⁹⁵ ANGEL GARCÍA GALIANO, «Persuadir...¿para qué?», en *Revista de Libros de la Fundación Caja Madrid* (Madrid), núm. 45, septiembre de 2000, págs. 10-11, la cita en pág. 11.

no tener la categoría (y la garantía) propias de los derechos del hombre, lo que quedase no fuese derecho»⁸⁹⁶.

Se considera que ambas modalidades de derechos constituyen una condición necesaria (*conditio sine qua non*), aunque no suficiente (*conditio per quam*) de la legitimidad de los regímenes políticos y de la limpieza o decencia de sus correspondientes ordenes jurídicos⁸⁹⁷. A su vez el reconocimiento de estos derechos se entiende enraizado con la transformación del Estado constitucional y la historia misma de su desenvolvimiento, capacidad de innovación y puesta al día⁸⁹⁸. «Sin perder las raíces del pasado conviene regular lo nuevo»⁸⁹⁹. O, por decirlo con los términos utilizados por Oliver Wendell Holmes en la serie de conferencias que impartiera en el Instituto Lowell de Boston entre noviembre y diciembre de 1880, y que constituyen la base del libro publicado por este gran modernista jurídico⁹⁰⁰ en 1881 con el título *The Common Law*: «La continuidad con el pasado no es un deber, sino tan sólo una necesidad»⁹⁰¹. No en vano, y conforme a la regla enunciada por Bertrand de Jouvenel, y que puede valer como cifra («inbegriff») de su concepción acerca de la justificación del po-

⁸⁹⁶ ANTONIO MARZAL, «Prólogo» al volumen editado por el propio A. MARZAL, *El núcleo duro de los derechos humanos*, Librería Bosch-J. M. Bosch Editor-ESADE-Facultad de Derecho, Mutiloa Baja (Navarra), 2001, págs. 5-13, la cita en pág. 8.

⁸⁹⁷ JOHN RAWLS, *El derecho de gentes*, trad. cast. de Hernando Valencia Villa, del original *The Law of Peoples* [publicada en S. SHUTE y S. HURLEY (editores), *On a Human Rights*, The Oxford Amnesty Lectures, 1999, New York, Basic Books, 1993, págs. 41-82], en *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política* (Instituto de Filosofía del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid), núm. XVI, mayo de 1997, págs. 5-36, la cita en pág. 28.

⁸⁹⁸ PABLO LUCAS VERDÚ, *La Constitución abierta y sus enemigos*, Ediciones Beramar y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, págs. 11 y sigs.

⁸⁹⁹ PABLO LUCAS VERDÚ, *La Constitución en la encrucijada (Palingenesia Iuris Politica)*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, pág. 99; ID., *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, *Studia Albortiana*, Bolonia-Zaragoza, 1975; GIUSEPPE DI VERGOTTINI, «Modelos constitucionales e innovación», en *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor al Profesor Lucas Verdú*, ob. cit., ed. cit., vol. III, págs. 1367-1381.

⁹⁰⁰ GARY MINDA, *Teoría postmoderna del diritto*, Colección «Saggi», trad. al italiano a cargo de Cristina Colli, edición cuidada por Mauro Barberis [autor de la «Presentazione» (*Deconstructing Gary*, págs. VII-XIX), del original en inglés *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End* (New York University Press, New York-London, 1995)], Società Editrice Il Mulino, Bologna, 2001, pág. 32.

⁹⁰¹ OLIVER WENDELL HOLMES, *The Common Law*, Little Brown and Co, Boston, 1881, pág. 809; ID., *Il diritto comune (angloamericano): dispense 1*, trad. it., Sondrio, Tip. A. Moro e Co, 1888; R. STEVENS, *Law Schools. Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*, University of North Carolina Press, Chapel Hill (North Carolina), 1983, pág. 138.

der, el «poder legítimo es aquel que, en una recíproca habituación, ha acomodado sus propios intereses a los intereses de la sociedad»⁹⁰².

Tras una época en la que predominaba de manera indiscutible la sistemática denigración y hasta el generalizado descrédito del Derecho y de su discurso, ambos parecen haber comenzado a recuperarse en la estima pública y vuelven a estar de moda, encontrando la actualidad que habían perdido y hasta una llamativa vitalidad. A la hora de resumir este nuevo escenario de los derechos, ha llegado a afirmarse que la gente se llena la boca hablando de los derechos del hombre, se invocan a los citados derechos como instrumentos que expresan intereses y que remiten a necesidades, se descubre el derecho a la dignidad⁹⁰³ —la eternamente prometida y buscada dignidad humana—, la reiterada promesa de su garantía, contenida en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn y de tantos otros textos constitucionales⁹⁰⁴, y cuya invocación se hizo corriente en relación con la injerencia en el conflicto de Kosovo y con las acuciantes demandas de intervención humanitaria, a los fines de prestar ayuda de emergencia cuando se negaban o violaban los derechos humanos⁹⁰⁵.

Sabido es que los derechos humanos tienen la condición de categorías históricas que se «han ido (y continúan) forjándose y actualizándose»⁹⁰⁶ poco a poco⁹⁰⁷, no pudiendo ser considerados como conceptos formales sin incurrir con ello en un lamentable desenfoque que además de ocultar su naturaleza nos vele el conocimiento de sus caracteres más propios.

⁹⁰² BERTRAND DE JOUVENEL, *Sobre el poder. Historia natural de su crecimiento*, trad. cast. de J. Marcos de la Fuente, Unión Editorial, Madrid, 1998, pág. 187.

⁹⁰³ RÉGINE DHOGNIS, «Bajo contrato», en ID. (editora) *La cortesía. La virtud de las apariencias*, trad. cast. de Alfredo Taberne, Emma Calatayud y Raquel Herrera del original, *La politesse. Vertu des apparences* (Editions Autrement, Paris), Colección «Teorema. Serie Morales», Ediciones Cátedra, Madrid, 1993, págs. 103-111, la cita en pág. 111.

⁹⁰⁴ HASSO HOFMANN, *Die versprochene Menschenwürde*, 1993, págs. 7-8 y 19; ID., *Versfassungsrechtliche Perspektiven*, 1995, págs. 104 y sigs.; G. PUGLIESE, «Appunti per una storia della protezione dei diritti umani», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile* (A. Giuffrè Editore, Milano), 1989, págs. 619-659.

⁹⁰⁵ ERHARD DENNINGER, *Derechos humanos, dignidad humana y soberanía estatal*, trad. cast. de Cristina Hermida del Llano, en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado), año V, julio-diciembre de 2000, núm. 9, págs. 285-298.

⁹⁰⁶ IGNACIO DE OTTO PARDO (n. 1945), «La Constitución abierta», en *Revista de Occidente* (Fundación José Ortega y Gasset, Madrid), noviembre de 1985, págs. 45-55.

⁹⁰⁷ ETIENNE LE ROY, *Le jeu des lois; une anthropologie dynamique du Droit*, Col. «Droit et Société. Série anthropologique», Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1999; MICHEL MESLIN, «La personne», en RENÉ RÉMOND (director), *Les grandes inventions du christianisme*, Bayard Editions, tercera edición, Paris, marzo de 2000, págs. 47-69; S. F. MOORE, *Law as Process: An Anthropological Approach*, Routledge and Kegan Paul, London, 1978.

Para entender tal condición, acaso sea ilustrativo traer a la consideración de quien pueda leerlas, las palabras con las que el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Poitiers René Savatier abría el Capítulo Preliminar («Le thème general de l'évolution») de su breve pero apasionante, especialmente por las circunstancias y las condiciones en que fue redactada, «Du Droit Civil au Droit Public a travers les personnes, les biens et le responsabilité civile» (Montreal, 1945), e ilustrativo en grado sumo por lo mucho que tiene, lo que allí se predica del Derecho civil, de aplicable a los derechos humanos. «Cuando se trata de definir el derecho civil es natural, incluso para un civilista, experimentar cierta inquietud pues la noción de derecho civil se esclarece más a través de la historia de nuestras instituciones que mediante una discriminación racional»⁹⁰⁸, no es menos conocido que el proceso histórico de la decantación de tales derechos no se puede dar por concluido, ya que se trata más bien de un proceso que presenta todas las condiciones que permiten calificarlo de proceso abierto.

Estas condiciones han determinado que incluso los distintos y numerosos catálogos e inventarios y clasificaciones de tales derechos, se encuentren permanentemente abiertos y en un proceso histórico siempre en curso, evolucionando «pari passu» con las cambiantes necesidades humanas, para compensar el déficit de derechos fundamentales que la realidad social en su despliegue genera, incorporando, matizando, especificando o descatalogando para ello derechos, cuando así se requiere hacerlo, en función de los cambios de las condiciones, perfiles y circunstancias de cada momento histórico, así como consecuencia de las modificaciones de las necesidades vitales, o de las valoraciones, o de los intereses humanos, o de las capacidades humanas, o de los medios disponibles para su realización.

Continuamente se están produciendo ajustes al respecto, se delimita el círculo de personas que tienen reconocidos derechos fundamentales, y se amplía o especifica el campo de aplicación del contenido de éste o de aquel derecho⁹⁰⁹. A su vez, a esta innegable condición que tienen los de-

⁹⁰⁸ RENÉ SAVATIER, *Du droit civil au droit public a travers des personnes, les biens et la responsabilité civile*, segunda edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon y R. Durand Auzias, Paris, 1950, Capítulo I: «Le thème générale de l'évolution» (1945), págs. 3-13. Se trata de un curso impartido por el profesor René Savatier, en la Universidad McGill de Montreal durante los meses de marzo-abril de 1945, publicado el mismo año, una vez que apenas hubiera concluido en Europa la Segunda Guerra Mundial.

⁹⁰⁹ HANS-PETER SCHNEIDER, «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático», trad. cast. de Joaquín Abellán, en *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), Nueva Época, núm. 7, enero-febrero 1979, págs. 7-36, la cita en pág. 11.

rechos humanos de categorías históricas, habrá que añadir, si se quiere comprender la situación existente, el hecho de que en la actualidad, y desde hace ya algún decenio, nos encontramos incursos a todas luces en un proceso de relativa, pero creciente, inflación semántica del uso del rótulo «derechos humanos», que cubre, o al menos se pretende que cubra todo tipo de pretensiones y todo tipo de pretendientes.

La idea de que los derechos humanos están dotados de una especial relevancia moral⁹¹⁰, hasta el punto que para más de un tratadista en puridad serían derechos morales, esto es, derechos que los hombres tienen, no por encontrarse en cierta relación especial con otros hombres, ni por ocupar o ejercer determinado cargo o función, ni por las circunstancias en que un individuo pudiera encontrarse, sino por el hecho de ser hombre, y todos los hombres en principio tienen un título igual a ellos.

Derechos morales, sin perjuicio de que pueda haber derechos jurídicos correlativos a ellos en el derecho internacional y en los derechos nacionales democráticos —lo que no debe sorprendernos, ya que no dejan de ser exigencias morales⁹¹¹— los ha revestido de un pedigrí reforzado que los mejora, al tiempo que en parte los desvirtúa, y les ha atribuido una connotación encomiástica o una carga emotiva favorable tan innegable, como de difícil exageración: «De tal modo que cualquiera que pretende hoy el respeto de cualquiera de sus deseos, la protección de cualquiera de sus intenciones o la satisfacción de cualquiera de sus necesidades, prefiere formularlos como derechos que asumir la costosa carga de demostrar por qué sus deseos han de ser respetados, sus intereses protegidos o sus necesidades satisfechas. Parece como si el calificar ese deseo, ese interés o esa ne-

⁹¹⁰ JAMES MOORE y MICHAEL SILVERTHORNE (editor), *Natural Rights on the Threshold of the Scottish Enlightenment. The Writings of Gershom Carmichael*, Liberty Fund, Inc., Indianapolis, 2002.

⁹¹¹ ROBERT ALEX, «Carlos Santiago Ninos Begründung der Menschenrechte», en BURKHARDT ZIEMKE, THEO LANGHEID, HEINRICH WILMS y GÖRG HAVERKATE, *Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, págs. 187-217; SUSANA BLANCO MIGUÉLEZ, *Positivismo metodológico y racionalidad política. Una interpretación de la teoría jurídica de Carlos Santiago Nino*, Colección «Filosofía, Derecho y Sociedad», Editorial Comares, Granada, 2002; JOSÉ GARCÍA ANÓN, «Carlos Santiago Nino y los derechos morales», en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Ministerio de Justicia, Madrid), Nueva Epoca, vol. XI, 1994, págs. 209-228; JAVIER MUGUERZA CARPINTER, «La alternativa del diseño. En torno a la fundamentación de los derechos humanos», en ID. et alii, *El fundamento de los derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1989, págs. 19-56; CARLOS SANTIAGO NINO (1943-1993), *Ética y derechos humanos*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1984 (hay segunda edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1989); ID., *The Ethics of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1993; ID., *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; ID., *Derecho, moral, política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

cesidad como derecho, uno quedase automáticamente exento de tener que mostrar su exigibilidad»⁹¹².

En este caso, se confirma en sus propios términos la afirmación de Carlos Santiago Nino en su *Introducción al análisis del Derecho*. «Cuando una palabra tiene carga emotiva, ésta perjudica su significado cognoscitivo. Porque la gente extiende o restringe el uso del término para abarcar con él, o dejar fuera de su denotación los fenómenos que aprecia o rechaza, según sea el significado emotivo favorable o desfavorable. Esto provoca una gran imprecisión en el campo de referencia de la expresión, y en el caso de "derecho" explica muchas de las diferencias entre las definiciones que sustentan los juristas»⁹¹³.

Tal cosa sucede, punto por punto, con los derechos humanos. Si Derecho es, tal y como parece, una palabra dotada de un significado emotivo favorable —lo que determina que cuando se nombra con esta palabra a un determinado orden social, el hacerlo implica distinguirlo con un rótulo honorífico o encomiástico, en contraste con los regímenes sociales o políticos *de facto* o de pura fuerza, y con ello se incentivan actitudes de adhesión por parte de los ciudadanos, y se estimula la obediencia a sus reglas—, ¿qué no decir en este sentido de la expresión derechos humanos? Una expresión que une a la connotación encomiástica del propio término derecho, la no pequeña carga emotiva favorable con que en nuestra cultura se encuentra connotado el adjetivo humano. Precisamente ese significado emotivo favorable, ese aura encomiástica del que está dotada la expresión derechos humanos, determina su invocación abusiva, la utilización desmedida del rótulo, venga o no a cuento, sea o no pertinente hacerlo, a fin de abarcar en la denotación del mismo los fenómenos que se aprecian, o los objetivos a los que se tiende; y, a contrario, a fin de excluir lo que se rechazan o du-

den⁹¹⁴.

Ya en 1937 Ferrara Santamaría citaba el caso del filósofo del Derecho que con ironía se preguntaba, tratando al hacerlo, mediante una especie de

⁹¹² LIBORIO HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho», en ANTONIO MARZAL (editor), *El núcleo duro de los derechos humanos*, ob. cit., ed. cit., págs. 15-46, la cita en pág. 18; ID., «Conceptos jurídicos fundamentales. I. De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma* (Madrid), 3, 2000, págs. 139-173.

⁹¹³ CARLOS SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Colección Ariel Derecho, Editorial Ariel, Barcelona, septiembre de 1983 (versión de la segunda edición argentina, publicada por la Editorial Astrea de Buenos Aires, el año 1980), pág. 16 (hay ediciones posteriores, 1987, 1991, 1994, 1995 y 1996).

⁹¹⁴ MAURO BARBERIS, *La cosa-diritto. Tarello e la definizione di diritto*, en vol. XXVII, 2, 1992, especial «Per il decennale della scomparsa di Giovanni Tarello», de los *Materiali per una storia della cultura giuridica* (Società Editrice Il Mulino, Bologna).

reducción al absurdo, de ridiculizar la proliferación ilimitada de «derechos», si tendrá o no sentido invocar la titularidad de un derecho a respirar⁹¹⁵. A veces incluso, se ha llegado a presentar o identificar como derechos humanos, a lo que en puridad son tan sólo objetivos, pretensiones o aspiraciones sociales⁹¹⁶, verían así reforzado su peso o razones a favor de su reconocimiento, o al menos ese es el propósito que las más de las veces determina el recurso a servirse de un rótulo tan encomiástico.

De ordinario suele ofrecerse un cuadro de desarrollo progresivo de los derechos por etapas, resultando bastante extendida la diferenciación de hasta cuatro generaciones de derechos humanos: La primera generación de los derechos se identifica como la generación propia de los derechos de libertad⁹¹⁷. Esto es, de los derechos orientados básicamente a la tutela de las libertades clásicas, que delimitan una zona en cuyo ámbito la autodeterminación individual del ciudadano puede ser protegida frente las eventuales infracciones y del intento de control por parte del Poder político⁹¹⁸.

Tal y como expresara tempranamente el entonces catedrático de Derecho Político de la Universidad de La Laguna, Francisco Ayala en *Los derechos individuales como garantía de la libertad* (febrero de 1935), «el elemento característico y, por así decirlo, nota distintiva del Estado liberal-burgués, lo que le aísla y señala frente a cualquier otro tipo de Estado, son las llamadas garantías constitucionales de la libertad individual, Se denomina por antonomasia Estado constitucional, al que basa su constitución en el reconocimiento de unos derechos fundamentales del individuo, que se garantizan y afianzan, incluso y de un modo primordial, contra el propio Estado»⁹¹⁹, a partir de una plataforma de derechos y libertades

⁹¹⁵ FRANCISCO RICO, *La conducta de las personas en el Derecho civil*, Colegio Universitario «Domingo de Soto», Obra Social de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad, Segovia, 1973, pág. 88; FERRARE SANTAMARÍA, *Diritto alla illesa intimità privata*, Napoli, 1937, pág. 152.

⁹¹⁶ LUIS PRIETO SANCHÍS, «Sobre el fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», en el volumen colectivo *El derecho al desarrollo o el desarrollo de los derechos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1991, pág. 65.

⁹¹⁷ HAROLD JOSEPH LASKI (1893-1950), *Liberty in the modern State*, Faber E. Faber Limited, segunda edición, London, 1930 (hay tercera edición, Allen and Unwin, 1961. Vid. HERBERT A. DEANE, *The Political Ideas of Harold J. Laski*, Columbia University Press, New York, 1955; HENRY M. MAGID, *English Political Pluralism: the Problem of Freedom and Organization*, Columbia University Studies in Philosophy», vol. II, Columbia University Press, New York, 1941; KINGSLEY MARTIN, *Harold Laski, 1893-1950: a Biographical Memoir*, Viking-Gollancz, New York-London, 1953.

⁹¹⁸ KARL LOEWENSTEIN, «Constituciones y Derecho constitucional en Oriente y Occidente» (1969), trad. cast., en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 164, marzo-abril 1969, págs. 5-56, la cita en pág. 12.

⁹¹⁹ FRANCISCO AYALA, «Los derechos individuales como garantía de la libertad», en *Revista de Derecho Público* (Editorial de Derecho Privado, Madrid), Año IV, núm. 38, quince

individuales restringida inicialmente a una parte de la población, pasando a recoger progresivamente bajo su amparo a la totalidad de la misma.

Derechos que se dirigen, por un lado, a impedir intromisiones injustificadas en la persona como ser moral y en su esfera privada; por otro, a permitir la formación autónoma de las propias decisiones y la manifestación del pensamiento individual⁹²⁰. Derechos que aseguran la igualdad formal, y que no sólo comportan un ámbito en el que el poder público no debe interferir, sino que además requiere que las personas sean tratadas de igual manera, prescindiendo de las diferencias personales. Derechos que tenían como determinante la lucha de la sociedad civil contra el Estado, a quien se consideraba en el momento de la emergencia de esta primera generación de derechos como «el único posible infractor de los derechos humanos». Mientras las generaciones sucesivas de derechos humanos se remiten al Estado en su condición de garante de los mismos⁹²¹.

La segunda generación sería la de los derechos económicos y sociales, modalidad de derechos que responden a la idea-fuerza del Estado social y que se asientan sobre las doctrinas que sustentaron la realización en las democracias avanzadas del Estado del Bienestar⁹²².

de febrero de 1935, págs. 33-43, la cita en pág. 33; ID., *El Derecho social en la Constitución de la República española*, Sociedad para el progreso social, Madrid, 1932 (Conferencia leída en el Centro germano-español de Madrid el día diez de marzo de 1932); JORG LUTHER, «L'idea dei diritti fondamentali nel protestantismo», en *Materiali per una storia della cultura giuridica* (Società Editrice Il Mulino, Bologna), vol. XXI, 2, 1991.

⁹²⁰ ALESSANDRO PIZZORUSSO, «Las generaciones de Derechos», Ponencia defendida en el Coloquio organizado por la Universidad Robert Schumann de Estrasburgo en junio de 2001, trad. cast. de Daniel Berzosa López, en *Anuario de Jurisprudencia Constitucional* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, vol. V, 2001, págs. 291-307, la cita en pág. 296.

⁹²¹ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme*, trad. del inglés a cargo de Nathalie Jean Alexis, en *Droit et Société. Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique* (LGDJ, Paris), vol. 35, 1997, págs. 79-96, la cita en pág. 81.

⁹²² A. BALDASARRE, «Diritti sociali», voz de la *Enciclopedia Giuridica Treccani* (Roma), vol. XI, 1989; G. CORSO, «I diritti sociali nella Costituzione italiana», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, págs. 755 y sigs.; P. COSTA, «Alle origini dei diritti sociali: Arbeiter, Staat e tradizione solidaristica», en G. GOZZI (editor), *Democrazia, diritti, costituzione*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1997, págs. 277 y sigs.; BERNARD LAVERGNE, *Le gouvernement des démocraties modernes*, dos volúmenes, Félix Alcan, Paris, 1933; M. LUCIANI, «Sui diritti sociali», en R. ROMBOLI (editor literario), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1994, págs. 79 y sigs.; C. SALAZAR, *Del riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 200; W. SCHMIDT, «I diritti fondamentale sociale nella Repubblica federale tedesca», en *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1981, págs. 785 y sigs.; GUSTAVO ZAGREBELSKY, «Il diritti fondamentali oggi», en *Materiali per una storia della cultura giuridica* (Società Editrice Il Mulino, Bologna), vol. XXII, 1, 1992.

Derechos que aspiran a conseguir la igualdad sustancial, o al menos avanzar en la reducción de las desigualdades, de tal manera que se refieren a un ámbito en el que es necesaria la intervención de los poderes a través de prestaciones positivas que no siempre son susceptibles de ser predefinidas de forma general y abstracta, lo que las hace eminentemente discrecionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza y de estricta legalidad y vinculadas a una intermediación burocrática y partidista⁹²³. Derechos proyectados pues al amparo de evitar, o en su caso compensar, las desigualdades y el conjunto de circunstancias que, en definitiva, lesionan o limitan la capacidad de autogobierno de las personas⁹²⁴.

En el pertinente análisis que T. H. Marshall ofrece sobre el desarrollo de la ciudadanía en Occidente, asigna a cada siglo un desarrollo de una dimensión diferente de la ciudadanía. El siglo XVIII habría sido testigo de las importantes batallas por la institucionalización de la ciudadanía civil, que tiene sus notas de identidad en la libertad de expresión, en el derecho a la justicia equitativa, en aspectos irrenunciables de la libertad individual, y, por decirlo todo, en los Derechos del Hombre de la ciencia del derecho natural y de gentes y de las revoluciones burguesas del último tercio del siglo. El siglo XIX desarrollará con preferencia el componente político de la ciudadanía, esto es, el derecho de los ciudadanos a participar en el control y en el ejercicio del poder político, que toma cuerpo en la existencia del derecho de sufragio. Finalmente en el siglo XX, y con la emergencia del Estado del Bienestar el concepto de soberanía se extiende a las esferas de lo social y de lo económico, «reconociendo que condiciones mínimas de educación, salud, bienestar económico y seguridad son fundamentales para la vida de un ser civilizado, así como para el ejercicio significativo de los atributos civiles y políticos de la ciudadanía»⁹²⁵.

Derechos que se añaden al catálogo clásico de las libertades civiles, pero que, en contra de lo que sucedía con el reconocimiento de estas, no

⁹²² LUIGI FERRAJOLI, «Il Diritto come Sistema di Garanzie», en JUAN-CARLOS CASTRO LORIA, *Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, vol. colectivo ya citado, ed. cit., págs. 72-91, la cita en pág. 77-78.

⁹²⁴ LUIGI FERRAJOLI (n. 1940), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. cast. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Javier Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Editorial Trotta, Madrid, cuarta edición, 2000, págs. 906 y sigs.; ID., *Derecho y garantías. La ley del más débil*, trad. cast. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Editorial Trotta, segunda edición, Madrid, 2001; ID., «El derecho como sistema de garantías», en *Jueces para la democracia* (Madrid), núm. 16-17, 2-3, 1992, págs. 61-69.

⁹²⁵ ALBERT O. HIRSCHMAN, *Retóricas de la intransigencia*, trad. cast. de Tomás Segovia, del original, *The Rhetoric of Reaction. Perversity, Futility, Jeopardy* [Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1991], Fondo de Cultura Económica, México, 1991, págs. 11-12.

es posible exigir automática y directamente su cumplimiento al Estado, ya que requieren la realización de ciertas acciones por parte de la autoridad pública, a fin de hacerlos eficaces, y llegar a activarlos en la práctica real de la experiencia jurídica⁹²⁶, y que incluso en algunos países como el nuestro, donde el contenido social se despliega en el Capítulo III del Título I, donde se establece todo un sistema de prestaciones en torno a los principios rectores de la política económica y social, lo que constituye la manifestación más patente de la configuración constitucional del Estado Social, en lo que se entendía señalaba un camino sin retorno, en el que determinadas adquisiciones enriquecedoras del modo de entender la ciudadanía debían ser consideradas como irreversibles, los derechos económicos y sociales solo se benefician de una protección atenuada por parte del juez constitucional (artículo 53.3 de la Constitución), y no siempre conocen el desarrollo normativo de los principios, sin que la correspondiente responsabilidad de gobernantes y legisladores sea fiscalizable.

La tercera generación de los derechos expresa la réplica o la respuesta a una serie de necesidades, exigencias y requerimientos humanos, cuya importancia sólo se ha sentido recientemente. En el ámbito de esta generación de derechos suelen agruparse los derechos de la solidaridad humana (derecho a la paz, derecho a la salvaguardia del medio ambiente, derecho de la familia y de los individuos al disfrute de las condiciones necesarias para el desarrollo, derecho al patrimonio común de la humanidad).

Finalmente la cuarta generación de derechos se despliega en torno al conjunto de aquellos derechos concernientes a la defensa frente a la amenaza de los nuevos retos, riesgos y condiciones de todo tipo que han generado o concluirán por generar las conformaciones y las consolidaciones de la sociedad contemporánea como una sociedad no sólo, pero sí esencialmente, tecnológica, con la emergencia de lo que ya se conoce como el «Tercer entorno»⁹²⁷.

La ampliación del catálogo de derechos se ha producido por causas variadas, que con cierta frecuencia se presentan como si fueran, y hasta lo son, interdependientes. En el caso del derecho a la protección de la salud

⁹²⁶ KARL LOEWENSTEIN, *Constituciones y Derecho constitucional en Oriente y Occidente* (1969), trad. cast., en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 164, marzo-abril 1969, págs. 5-56, la cita en págs. 13 y 16; GUSTAV RADBRUCH (1878-1949), *Staat und Verfassung*, edición a cargo de Hans-Peter Schneider, Colección «Gesamtausgabe Gustav Radbruch», C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002; vid. ARTHUR KAUFMANN (editor), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen, 1968; MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, «Gustavo Radbruch visto por Arthur Kaufmann», en *Persona y Derecho* (Universidad de Pamplona), núm. 47, 2003, págs. 17-104.

⁹²⁷ JAVIER ECHEVARRÍA, *Los señores del aire. Telópolis y el Tercer Entorno*, Editorial Destino, Barcelona, 1999.

que nos ocupa, y que la mayor parte de los tratadistas sitúa en la segunda generación de los derechos, si bien algunos como Alessandro Pizzorusso prefieren ubicarla en la tercera de las generaciones, su incorporación al catálogo de los derechos fundamentales se ha debido de forma básica a la concurrencia de dos circunstancias determinantes en el moderno Estado de prestaciones sociales: a) el mismo desarrollo de la sociedad, su crecimiento, y las nuevas posibilidades de todo tipo, antes inexistentes y hasta difícilmente imaginables, han producido un importante despliegue de la cantidad de bienes que han pasado a ser considerados merecedores de tutela jurídica⁹²⁸ y a su vez, b) el propio hombre, ha dejado de ser contemplado como un ente genérico o un hombre en abstracto, y ha pasado a ser tomado en consideración en la concreción de sus diversas maneras de estar en la sociedad, en este caso en su condición de paciente o de enfermo⁹²⁹.

Pocos niegan que algunos derechos merecieron la consideración de derechos absolutos, y con esos atributos aparecían incorporados a los distintos catálogos de derechos —cuya tutela se aseguraba en documentos del tipo declaraciones, cartas o constituciones⁹³⁰, que tuvieron sus primeras manifestaciones en la «Declaración de derechos del hombre y del ciudadano»⁹³¹ adoptada por «los representantes del pueblo francés», constituidos en Asamblea Nacional entre el jueves veinte de agosto y el miércoles

⁹²⁸ HANS-CARL NIPPERDAY (1895-1968), *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, Col. «Kartellrundschau», Heymann, tercera edición, Köln, 1965.

⁹²⁹ MICHAEL IGNATIEFF, *The Rights Revolution*, Anansi, Toronto, 2000; ID., *Blood and Belonging: Journeys into the New Nationalism*, Farrar, Strauss and Giroux, New York, 1993; DANIEL MENDOZA, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Colección «Ventana abierta», Editorial Tecnos (Grupo Anaya, SA), Madrid, 2003, págs. 39-40; PIERO PERLINGIERI, «Il diritto alle salute quale diritto della personalità», en *Rassegna di Diritto civile*, 1982, págs. 1035 y sigs.; FRANÇOIS RIGAU, *La protection de la vie privée et d'autres biens de la personnalité*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence-Etablissements Emile Bruylant, Paris-Bruxelles, 1990.

⁹³⁰ JEAN RAY, «La Révolution française et la pensée juridique: l'idée du régime de la loi», en *Revue philosophique de la France et de l'étranger* (Paris), núms. 9-12, 1939, págs. 364-393; CONSTANCE GREWE y HÉLENE RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Col. «Droit fondamental. Droit politique et théorique», Presses Universitaires de France, Paris, 1995, págs. 143 y sigs.

⁹³¹ REALINO MARRA, «Jellinek e le dichiarazioni dei diritti», en *Materiali per una storia del pensiero giuridico* (Società Editrice Il Mulino, Bologna), vol. XXVII, 2, 1997, «Numero speciale per il decennale della scomparsa di Giovanni Tarello»; MASSIMO LA TORRE, «Jellinek e il sistema dei diritti pubblici soggettivi: il paradiso dei diritti di libertà», en *Materiali per una storia della cultura giuridica* (Società Editrice Il Mulino, Bologna), vol. XII, 1, 1982; CARLO ROERHRSSEN, «Il diritto pubblico verso la teoria general», en *Materiali per una storia della cultura giuridica* (Società editrice Il Mulino, Bologna), vol. VI, 1976 («Dottrine storiche del diritto privato»).

veintiséis de agosto de 1789, cuyo texto «definitivo», en el que se introducen hasta cinco variantes⁹³², se incorporó al Preámbulo de la Constitución revolucionaria de 1791⁹³³, y toda la serie de textos de análoga naturaleza de las trece colonias inglesas de Norteamérica con ocasión de la Guerra de Independencia de la corona británica, junto con las diez primeras enmiendas a la Constitución norteamericana de 1789, ratificadas dos años más tarde y comúnmente conocidas como «la Carta de derechos»⁹³⁴, contemporáneos, o poco anteriores o posteriores a la declaración francesa, a finales del Siglo de la Ilustración—, o se les había atribuido tradicionalmente la condición de ser unos derechos naturales⁹³⁵, reconociéndoseles la función de operar a la manera de límites al poder soberano (Bodino) y de constituirse en garantías fundamentales de la independencia del individuo frente al poder político (Hannah Arendt)⁹³⁶. Dentro de estos derechos

⁹³² ALPHONSE AULARD, *Etudes et leçons sur la Révolution française*, Félix Alcan, Paris, 1924 (la primera edición se publicó el año 1921); ID., *Histoire politique de la Révolution française: origines et développement de la démocratie et de la république (1789-1804)*, Armand Colin, Paris, 1901 (hay tercera edición de 1905); ID., *La Révolution française et le régime féodal*, Bibliothèque d'Histoire Contemporaine, Félix Alcan, Paris, 1919; ALPHONSE AULARD y BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les déclarations des droits de l'homme: textes constitutionnels concernant les droits de l'homme et les garanties des libertés individuelles dans tous les pays*, Bibliothèque politique et économique, Payot, Paris, 1929; M. BOUCHARY (editor), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la Constitution de 1791*, Ed. Tirant, Paris, 1946; R. BOROUNNAND, *La guerre des principes. Les assemblées révolutionnaires face aux droits de l'homme et à la souveraineté de la nation (mai 1789- juillet 1794)*, con «Préface» du Mona Ozouf. EHESS, Paris, 1991; E. DOUMERGUE, «Les origines historiques de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen», en *Revue de Droit Public*, 1904, págs. 673 y sigs.; STÉPHANE RIALS, «L'installation du texte définitif en préambule de la Constitution de 1791» y «Un texte et ses variantes», en STÉPHANE RIALS (presentador), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Colección «Pluriel Inédit», Hachette, Paris, 1988, págs. 262-266 y 266-271; G. PUTFIN, «La déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Recensement et variantes des textes (août 1789-septembre 1791)», en *Annales historiques de la révolution française*, 1978, págs. 180 y sigs.

⁹³³ CLERMONT TONNERRE, *Analyse raisonnée de la Constitution française*, Migneret, Paris, 1791.

⁹³⁴ ROBERT S. BARKER, «La Constitución de los Estados Unidos y la protección de los derechos humanos», en JUAN-CARLOS CASTRO LORIA (compilador), *Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, vol. colectivo cit., ed. cit., págs. 409-416.

⁹³⁵ JOSÉ-MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, «¿Es la propiedad privada un derecho natural?» (1959), «Apéndice I» a ID., *Derecho y Ética*, Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, Editorial Tecnos, Madrid, 1977, págs. 115-129.

⁹³⁶ DALMACIO NEGRO PAVÓN, «En torno a la naturaleza del poder judicial», en RAÚL MORODO LEONCIO y PEDRO DE VEGA GARCÍA (directores), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Instituto de Estudios Jurídicos de la Universidad Nacional Autónoma de México y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, tomo III, págs. 2201-2239, la cita en pág. 2227.

resulta emblemático el caso del derecho de propiedad, objeto de un tratamiento privilegiado en los correspondientes documentos, en el entendimiento generalizado a la sazón de que al particular debieran garantizársele los medios para la adquisición y disposición de la propiedad, «la propiedad privada en el fondo es una exigencia de las limitaciones intelectuales y morales del hombre»⁹³⁷ y, por encima de todo sería preciso que se le inmunizara frente a cualquier posible ataque por parte del Estado⁹³⁸. La propiedad (en el doble sentido de derecho a ser propietario y a disponer de los propios derechos de propiedad y el concreto derecho de propiedad sobre éste o aquel bien) junto con la vida y la libertad constituían los tres derechos fundamentales cuya tutela y garantía para el principal apologeta del constitucionalismo liberal y la Teoría Política de la Modernidad⁹³⁹, John Locke (1632-1704), justificaba el contrato social⁹⁴⁰; la propia Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, en su artículo segundo reitera esta pretensión: «El fin de toda asociación política es la defensa de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad y la resistencia

⁹³⁷ ANGEL HERRERA ORIA (1886-1968), «Propiedad y trabajo en los documentos conciliares», Conferencia pronunciada en el Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Málaga, 1966, págs. 9-11; ID., *Conciencia social y conciencia ciudadana*, La Editorial Católica, Madrid, 1962; ID., *Meditación sobre España: ideario político-social*, «Introducción» y sistematización de Juan-Luis de Simón Tobalina, Biblioteca de Autores Cristianos, Editorial Católica, Madrid, 1976, en la Colección «Clásicos del Pensamiento» de la Ed. Biblioteca Nueva, hay trad. cast., con «Introducción» y revisión de la trad. y notas de Pablo López Alvarez, Madrid, 1989; ALBERTO MARTÍN-ARTAJÓ, «El pensamiento social del Cardenal Herrera Oria», en edición separata de *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (Madrid), núm. 41, 1963, págs. 9-12: «El derecho de propiedad».

⁹³⁸ FRANCISCO AYALA, «Los derechos fundamentales como garantía de la libertad individual», en *Revista de Derecho Público* (Editorial de Derecho Privado, Madrid), Año VI, núm. 38, quince de febrero de 1935, págs. 33-43, la cita en pág. 38; BLANDINE BARRET-KRIEGLER, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, Col. «Quadrige», Presses Universitaires de France, Paris, 2003; JEAN MORANGE, *Droits de l'homme et libertés publiques*, en Col. «Droit fondamental», Presses Universitaires de France, Paris, 2003.

⁹³⁹ JOHN DUNN, *La agonía del pensamiento político occidental*, trad. cast. de Carlos Martín y Carmen González, del original en inglés, *Western political theory in the face of the future* (Cambridge University Press, Cambridge UK y New York, 2.ª edición, 1993), Cambridge University Press, Madrid, 1996, pág. 60.

⁹⁴⁰ JOHN LOCKE, *The Second Treatise of Civil Government*, 1690, Capítulo II (hay trad. cast. de Carlos Mellizo, con «Prólogo» y notas, «Segundo Tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil», Col. «El libro de bolsillo. Clásicos», Alianza Editorial, Madrid, 1990, hay ed. de 1994 y 2000, Capítulo II, apartado 6, págs. 37-38; edición inglesa con *A letter concerning toleration*, a cargo de John W. Gough, primera reimpression, Basil Blackwell, Oxford, 1948, en la Biblioteca de Obras Maestros del Pensamiento de la Editorial Losada de Buenos Aires, hay trad. cast. con notas de Cristina Piña, 2002.

a la opresión⁹⁴¹» y en el artículo dieciocho se ratificaba, por si fuera necesario hacerlo, el carácter de «derecho inviolable y sagrado» propio del derecho de propiedad⁹⁴²; condición sobre la que el sociólogo Thomas H. Marshall vuelve de nuevo en su tantas veces invocado ensayo de 1950 acerca del desarrollo de la ciudadanía, a través de sus tres dimensiones (civil, política y social)⁹⁴³, «Citizenship and Social Class» («Ciudadano y clase social»), al incluir entre los derechos civiles la libertad y la propiedad. Derechos que se vieron posteriormente sometidos a limitaciones y condicionamientos de gran envergadura, tanto en las declaraciones contemporáneas⁹⁴⁴, como en la legislación ordinaria de desarrollo de aquéllas, y tanto en la normativa del derecho público, como en la normativa del derecho privado⁹⁴⁵.

A este respecto resulta plenamente ilustrativa la sobrevaloración del trabajo y la consagración de la pérdida o merma de valor de la propiedad como derecho en la Constitución republicana española de 1931, derecho afectado decisivamente por lo dispuesto en el artículo 44 del texto, que atribuía una supremacía de la economía nacional, a la que situaba por encima del derecho de propiedad, trasposición sin duda de análogas reglas de otras constituciones del período de entreguerras. Francisco Ayala que se ocupó del tratamiento de la cuestión en el folleto «El Derecho social en la Constitución de la República española» —en el que se recoge el texto leído en su conferencia impartida en el Centro germano-español de Ma-

⁹⁴¹ STÉPHANE RIALS (presentador), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Colección «Pluriel Inédit», Hachette, Paris, 1988, pág. 22; ID., «Des droits de l'homme aux lois de l'homme. Aux origines de la pensée juridique moderne», en *Commentaire*, 1986, núm. XXXIV, págs. 281 y sigs.; ID., «Le mystère des origines», en *Droits. Revue française de théorie juridique* (Presses Universitaires de France, Paris), vol. XVIII, 1988.

⁹⁴² STÉPHANE RIALS (presentador), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, ob. cit., ed. cit., pág. 26.

⁹⁴³ El origen de la obra de Marshall hay que fijarlo en la conferencia que el autor impartiera en ciclo Alfred Marshall de la Universidad de Cambridge el año 1949. Vid. THOMAS H. MARSHALL, *Class, citizenship and social development*, Doubleday, New York, 1965, cap. IV (hay edición posterior, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1977); ID., *Sociology at the Crossroads, and other Essays*, Heinemann, London, 1963.

⁹⁴⁴ LAWRENCE BECKER, *Property Rights*, Routledge and Kegan Paul, Boston, 1977; DIANA T. MEYERS, *Los derechos inalienables*, trad. cast. de Elena Beltrán Pedreira, del original *Inalienable Rights. A Defense* (Columbia University Press, New York, 1985), Colección «Alianza Universidad», Madrid, 1988, págs. 73-75: «Acerca de los derechos de propiedad»; D. D. RAPHAEL, «Human Rights. Old and New», en ID. (editor), *Political Theory and the Rights of Man*, Indiana University Press, Bloomington (Indiana), 1967, págs. 101-118.

⁹⁴⁵ THOMAS H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, Cambridge University Press, Cambridge, (United Kingdom), 1950 (hay edición posterior de bolsillo, Garden City, New York, 1965).

drid el día diez de marzo de 1932— destaca la ruptura que al respecto supone la nueva regulación de la propiedad, frente a la tradición de nuestro derecho constitucional histórico, ya que los constituyentes de 1931 habían transformado lo que comúnmente era entendido como un derecho natural —tal consideración se le había atribuido en el pasado al derecho de propiedad— en un mero derecho subjetivo individual. Ruptura cuya última explicación había que remitir a la fuerza normativa de los hechos: la crisis económica del período de entreguerras habría impuesto, o al menos aconsejado, «que el Estado dirija o encauce la vida económica del país»⁹⁴⁶.

En contraste con esta situación en la que se encuentran derechos que ven mermada su condición, o a los que se discute su naturaleza fundamental tras haber sido las figuras estelares en el pasado, otra serie de derechos, que ni tan siquiera aparecían mencionados en las distintas Declaraciones de derechos del siglo XVIII o del primer tercio del siglo XIX, como los derechos sociales, se han visto consagrados con especial cuidado, en las declaraciones más recientes⁹⁴⁷, o son objeto de reconocimiento, a través de fórmulas del tipo de las acogidas en las decisiones del Consejo Constitucional francés, a título de «principios de valor constitucional»⁹⁴⁸, a este

⁹⁴⁶ FRANCISCO AYALA, *El Derecho social en la Constitución de la República española*, ob. cit., ed. cit., pág. 15; ID., *El problema del liberalismo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1941; ID., «España a la fecha», en *Finisterre*, 1968, págs. 11-12; ID., «Libertad y cambio social», en *Revista de las Cortes Generales* (Madrid), vol. IV, primer cuatrimestre de 1985, págs. 11 y sigs.; GABRIEL GUILLÉN KALLE, «Francisco Ayala, del Derecho político a la Sociología», en *Empresas Políticas* (Sociedad de Estudios Políticos de la Región de Murcia), Año II, núm. 2, primer semestre de 2003, págs. 69-73.

⁹⁴⁷ NORBERTO BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, «Introducción» y trad. cast. de Rafael Asís de Roig, Sistema, Madrid, 1991, págs. 56 y 114; LUC FERRY y ALAIN RENAUT, *Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, Presses Universitaires de France, Paris, 1992 (hay ed. en la Col. «Quadrige» del mismo sello editorial, 1996); ID., *De los derechos del hombre a la idea republicana*, volumen III de *Filosofía política*, trad. cast., Fondo de Cultura Económica, México, 1991 (primera reimpresión).

⁹⁴⁸ PIERRE AVRIL y JEAN GIGUEL, *Le Conseil constitutionnel*, Ed. Montchrestien, segunda edición, Paris, 1993, págs. 130 y sigs.; LOUIS FAVOREU, «Le principe de constitutionnalité: Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel», en *Recueil d'études en Hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1977, págs. 33 y sigs.; LOUIS FAVOREU y L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1993; BERTRAND FAVRE, «Les objectifs de valeur constitutionnelle: une nouvelle catégorie juridique?», en *Revue Française du Droit Constitutionnel* (Paris), núm. XXI, 1995, págs. 47-77; MARIE-CLAIRE PONTTHOREAU, *La Reconnaissance des Droits Non-Écrits per les Cours Constitutionnelles Italienne et Française. Essais sur le pouvoir créative du juge constitutionnel*, Ed. Economica, Paris, 1994, págs. 123-131; JAVIER PARDO FALCÓN, *El Consejo Constitucional francés*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, págs. 272 y sigs.; GEORGE VEDEL, *La Déclaration des droits de l'homme et de citoyen et la jurisprudence*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989, págs. 35 y sigs. Vid. GEORGES VEDEL, *La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité*, págs. 52 y sigs.

respecto terminaría resultando determinante la Decisión fundadora núm. 71-74 DC de dieciséis de julio de 1971, del Consejo Constitucional francés relativa a la libertad de asociación⁹⁴⁹ que atribuyó fuerza normativa a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de agosto de 1789 y a los restantes principios que se consideraba integrantes con ésta de lo que se denominó «bloc de constitutionnalité»⁹⁵⁰ («Bloque de constitucionalidad») —o, como sucedió en los Estados Unidos— donde a pesar de la conocida condición de grandes ausentes de la Constitución federal norteamericana (la Constitución federal norteamericana no atribuye ningún carácter social al Estado, ni contiene precepto alguno sobre los servicios sociales, ni reconoce ningún derecho de los ciudadanos a gozar de éstos) la entrada al escenario público de los derechos sociales concluiría produciéndose con ocasión de la nueva orientación jurisprudencial que termina, no sin resistencias, por convertirse en hegemónica al concluir la etapa que transcurre entre el «New Deal» y el tiempo de la llamada «Warren Court»⁹⁵¹ (durante cuyo período Earl Warren presidiera la Corte Suprema federal y se produjera una importante e innovadora serie de sentencias innovadoras en materia de derechos civiles⁹⁵²), momento en el que este órgano concluye por concebir a estos derechos como «entitlements»⁹⁵³ —en relación con los derechos civiles y políticos garantizados

⁹⁴⁹ LOUIS FAVOREU y L. PHILIP, *Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, Editions Sirey, Paris, quinta edición, 1989, núm. 19; B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Paris, 1988, págs. 189 y sigs.

⁹⁵⁰ FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «El bloque constitucionalidad», en *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 99 y sigs.

⁹⁵¹ BRUCE A. ACKERMANN, *We the People*, vol. I: «Foundations», Harvard University Press, Cambridge (Mass), 1992; ID. *et alii*, *Teoria della giustizia sociale*, Col. «Testi e Studi», Unicopli, Milano, 1986; ID., «El Derecho y la gente moderna», en *La política del diálogo liberal*, trad. cast. e «Introducción» de J. G. López Guix, Editorial Gedisa, Barcelona, 1988, págs. 217-235; C. R. SUNSTEIN, *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass), 1994, págs. 40 y sigs.; ID., «Lochner's Legacy», en *Columbia Law Review*, vol. LXXXVII, 1987; CHIARA VALENTINI, «Diritti sociali e reppublicanismo negli Stati Uniti; L'analisi di Cass R. Sunstein», en *Materiali per una storia della cultura giuridica* (Società Editrice Il Mulino, Bologna), año XXXIII, núm. 1, junio de 2003, págs. 175-196, la cita en pág. 175.

⁹⁵² Que tienen su inicio con la «Brown vs. Board of Education of Topeka» (347 U.S. 483, 1954), mediante la que se revisa el principio «separate but equals» que había sido fijado por la Sentencia «Plessy vs. Ferguson» (164 U.S., 537, 1896), que justificaba las prácticas segregacionistas en los centros de enseñanza.

⁹⁵³ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, vol. II: «La costituzione democratica», G. Giappichelli Editore, Torino, 2000, págs. 140 y sigs.; CASS R. SUNSTEIN y R. STEWART, «Publics Programs and Private Rights», en *Harvard Law Review* (Harvard University Press, Cambridge —Massachusetts—), vol. 95, 1982; C. R. SUNSTEIN, «Rights, Minimal Terms and Solidarity», en *University of Chicago Law Review*, vol. LI, 1984; ID., «Three Civil Rights Fallacies», en *California Law Review*, vol. LXXIX, 1991.

por la I Enmienda de la Constitución federal— y a partir de ahí, y por obra del constitucionalismo progresista neorrepblicano, y dentro de este, fundamentalmente en base a las contribuciones de Frank I. Michelman⁹⁵⁴ y Cass R. Sunstein⁹⁵⁵, se genera y desarrolla una nueva visión de los derechos, en la que se subraya de un modo privilegiado su dimensión institucional.

Siempre en el entendimiento de que, en puridad, los derechos civiles y políticos únicamente pueden ejercerse en un sentido pleno en el marco de una sociedad en la que, a su vez, se encuentren debidamente reconocidos los derechos colectivos (tanto económicos como sociales y culturales⁹⁵⁶).

Sabido es que el Estado ha pasado a asumir tareas de las que no se ocupaba antes de que se produjera la «Gran Transformación». Tareas en el ámbito de la asistencia social, en el terreno de las condiciones generales de la existencia, y en el espacio concerniente al fomento de las relaciones laborales y económicas. Tareas cuyo adecuado desempeño y cumplimiento se considera que constituyen el prerrequisito de posibilidad de toda vida individual y social razonable⁹⁵⁷ y digna, que conserva el justo equilibrio en-

⁹⁵⁴ FRANK I. MICHELMAN, «Law's Republic», en *Yale Law Review*, vol. 97, 1988, págs. 1493 y sigs.; FRANK I. MICHELMAN y TERRANCE SANDALOW, *Materials on government in urban areas: cases, comments, questions*, American Casebooks Series, West Publishing, Saint Paul, Minnesota, 1970; M. J. RODIN y FRANK I. MICHELMAN, «Pragmatism and Poststructuralist Critical Legal Practice», en *U. Pa. Law Review*, vol. CXXXIX, 1991, págs. 1019 y sigs.

⁹⁵⁵ R. E. GOODIN, *Reasons for the Welfare: The Political theory of the Welfare State*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1998; CASS SUNSTEIN, *Republic.com*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2001; ID., *Free Markets and Social Justice*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1997 (hay reimpression de 1999); ID., *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts y London, 1999 (hay segunda edición, 2001); ID., *Republic.com: Internet, democracia y libertad*, Colección «Paidós Estado y Sociedad», Editorial Paidós-Ibérica, Barcelona, 2003; ID., *Risk and reason: safety, law and the environment*, Cambridge University Press, Cambridge (United Kingdom), 2002; ID., «The false promise of the first Amendment», en LAWRENCE ROTHFIELD (editor) (n. 1950), *Unsettling Sensation: arts policy lessons from the Brooklyn Museum of Art Controversy*, Rutgers University Press, New Brunswick, 2001; CASS R. SUNSTEIN, GEOFFREY R. STONE y RICHARD A. EPSTEIN, *The bill of rights in the modern State*, Simposio celebrado en la Law School de la University of Chicago (25-26 de octubre de 1991), The University of Chicago Press, Chicago-London, 1992.

⁹⁵⁶ GEORGE YÚDICE, *El recurso de la cultura. Usos de la cultura en la era global*, trad. cast., Editorial Gedisa, Barcelona, 2002.

⁹⁵⁷ W. SCHEURMANN, «The Rule of law and the Welfare State: Toward a new synthesis», en *Politics and Society*, vol. XXII, núm. 2, junio de 1994; HANS-PETER SCHNEIDER, *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*, trad. cast. de Joaquín Abellán, en *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), Nueva Época, núm. VII, enero-febrero de 1979, págs. 7-36, la cita en pág. 30; ID., *Democracia y Constitución*, trad. cast., «Prólogo» de Luis López Guerra,

tre las fuerzas del mercado y las necesidades de las personas. Con Ulrich Beck podemos afirmar, creo que sin temor a errar, que «sin seguridad material no puede existir libertad política, ni por tanto democracia alguna»⁹⁵⁸. Sólo así se puede alcanzar un tejido económico, institucional y socialmente responsable, comprometido con un crecimiento económico equilibrado y ecológicamente sostenible, y sólo así se conseguirá garantizar la dignidad del hombre individual y socialmente considerado.

Todos estos derechos de contenido social exigen, en aras de su efectividad, la realización de una serie de prestaciones por parte de los poderes públicos, constitucionalmente obligados a posibilitar el conjunto de prestaciones que los ciudadanos, «a parte creditoris» tal y como sostiene Piero Calamandrei, exigen del Estado «a parte debitoris» en la condición de un derecho, y como un acto de liberalidad.

De aquí que toda una corriente doctrinal los identifique con la etiqueta de derechos de prestación⁹⁵⁹, a los que a su vez corresponde al llamado Es-

Colección «Estudios Constitucionales», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; ID., *et alii*, «Garantías constitucionales», en *Revista de Estudios Constitucionales* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), volumen monográfico, enero-febrero de 1979; ID. y WOLFGANG ZEH, *Parlamentsrecht und parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1989; ID., «Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung», en *NJW*, 1980, págs. 2103-2111; ID., y HELMUT LECHER, *Artikel 12 G.G.- Freiheit des Berufs und Grundrechte der Arbeit*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Walter de Gruyter, Berlin, 1985; KARL LOEWENSTEIN, *Constituciones y Derecho constitucional en Oriente y Occidente* (1969), trad. cast. en *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), Nueva Época, núm. 7, enero-febrero 1979, págs. 7-36, la cita en pág. 30.

⁹⁵⁸ ULRICH BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo. Respuestas a la globalización*, trad. cast., Editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 1998, págs. 97-98.

⁹⁵⁹ E. CARMONA CUENCA, «Las normas constitucionales de contenido social: definición y problemática de su eficacia jurídica», en *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), Nueva Época, núm. 76, 1992; J. R. COSSIO DÍAZ, ESTADO SOCIAL Y DERECHO DE PRESTACIÓN, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 43; J. J. GOMES CANOTILHO, «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales», en *Revista de Estudios Constitucionales* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid) núm. 1, 1988; WOLFGANG MARTENS y PETER HÄBERLE, en el Congreso de Profesores alemanes de Derecho Constitucional de Regensburg, 1971, actas publicadas en 1972 en *VV.Dst. RL*, volumen XXX, 1972, págs. 7 y sigs., y 43 y sigs.; M. MAZZIOTTI, voz, «Diritti sociali», en *Enciclopedia del Diritto* (Dott. A. Giuffrè Editore, Milano), 1958-1997, vol. XII, págs. 804 y sigs.; CARLOS SANTIAGO NINO, *Sobre los derechos sociales*, trad. cast. de J. M. Lujambio, en *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, págs. 137 y sigs.; ID., «On Social Rights», en *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60 Geburtstag*, Duncker und Humblot, Berlin, 1993, págs. 295-299; ID., «La práctica de los derechos fundamentales», en *Propuesta y control*, vol. XI, 1990, págs. 1051-1062; JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, «De la propiedad derecho humano natural individual a la propiedad derecho humano social», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Universidad de Granada), vol. XII, 2, 1972, págs. 325-328.

tado prestatario («Leistungstaat»), con la prosecución de la procura asistencial, es decir, con la realización de la acción pública destinada a crear la satisfacción de esas necesidades vitales que han sido objeto de reconocimiento formal⁹⁶⁰. Se trata de derechos fundamentales, que inciden sobre los modelos socioeconómicos existentes⁹⁶¹, y cuyo contenido toma cuerpo en la emergencia de una obligación de hacer por parte de distintos órganos e instituciones estructurales (el legislador, las distintas administraciones públicas), a fin de superar la posible contradicción entre la titularidad formal de unos derechos públicos subjetivos y su ejercicio efectivo.

Para bastantes de los intérpretes que se han ocupado de analizar tan controvertida cuestión, y muy señaladamente para el profesor de Derecho Constitucional y Teoría General del Derecho de la Universidad de Génova Riccardo Guastini, en la mayor parte de los casos, estos derechos sociales terminan por ser tan sólo «derechos sobre el papel». Esto es, en principio derechos no justiciables, dado que en ningún caso dan lugar a acciones procesales dirigidas a su defensa, o a su reconocimiento, o a su protección. Es decir, que pese a la relevancia institucional y social que supone la constitucionalización de tales derechos, lo cierto es que de hecho existe una cicatería innegable, y se dan grandes carencias, a la hora del desarrollo de los mecanismos de protección y refuerzo de su eficacia⁹⁶², de aquí que se hable de las «aporías de los derechos sociales»⁹⁶³. El Estado social no ha generado la estructura institucional garantista de

⁹⁶⁰ ANGEL GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980, págs. 23 y sigs.

⁹⁶¹ THEODORE S. ORLIN, ALLAN ROSAS y MARTIN SCHEININ, *The jurisprudence of human rights law: a comparative interpretive approach*, Abo Akademi University, Institut for Human Rights, Finland, 2000; MARTIN SCHEININ, «Economic and social rights as legal rights», en *Economic, Social and Cultural Rights*, vol. de Asbjorn Erde, Catherine Krause y Allan Rosas (editores), Martinus Nijhoff Publishers, Netherland, 1995, págs. 41 y sigs.; MARTIN SCHEININ (editor), *International human rights norms in the Nordic and Baltic countries*, M. Nijhoff Publishers, The Hague-Boston, 1996; ID. y TAINA DAHLGREN, *Europaan unioni ja ihmisoikeudet*, Abo Akademi-ihmisoikeusinstituutti, Turko, 1994.

⁹⁶² JORGE REINALDO A. VANOSI, *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Colección Temas Eudeba, Buenos Aires, edición corregida y aumentada, 1987, págs. 21 y 367; ID., *Obra Legislativa*, vol. II, años 1987 y 1988; volumen III, años 1989 y 1990, Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1993.

⁹⁶³ JOSÉ-LUIS CASCAJO CASTRO, *Las aporías de los derechos sociales*, Capítulo II de ID., *La tutela constitucional de los Derechos Sociales*, Colección «Cuadernos y Debate», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, págs. 27-34; CHRISTOPH EBERHARD, «Les droits de l'homme face à la complexité: une approche anthropologique et dynamique», en *Droit et Société. Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique* (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence-Resource pour la Recherche Justice, Paris), núms. LI-LII, 2002; R. GARCÍA MACHO, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Madrid, 1986, pág. 102.

los derechos sociales, que sí construyó el Estado liberal para los derechos individuales⁹⁶⁴.

Las normas «programáticas» constitucionales al respecto no generan obligaciones inmediatas de los poderes públicos, debido a que la puesta en pleno vigor de tales derechos, se encuentra condicionada a la ocurrencia de circunstancias no siempre fácilmente controlables ni previsibles con cierta anticipación (como un determinado nivel de desarrollo, o una precisa coyuntura económica).

Las disposiciones mediante las que, en muchos textos constitucionales contemporáneos, se confieren derechos sociales a determinados sujetos, con harta frecuencia se encuentran redactadas de una forma deliberadamente engañosa, ya que se formulan como normas atributivas de derechos, aun cuando en puridad no conformen ningún verdadero derecho subjetivo, ya que para que se conviertan en derechos justiciables, es preciso reducir su elevado grado de indeterminación, y su carencia de un contenido preciso. Operaciones ambas que requieren de manera inexcusable, la intervención mediadora al respecto del legislador⁹⁶⁵.

En todo caso no deberá olvidarse que la multiplicación de los tipos de derechos, esto es, la tendencia a definir cualquier objetivo o finalidad deseada como si se tratase propiamente de un derecho, concluye trivializando los derechos, con lo que se genera un deterioro de la legitimidad de un núcleo indiscutible de derechos⁹⁶⁶.

Sea como fuera, lo cierto es que la valoración correcta de la naturaleza jurídica de los derechos contemplados, en lo que la Constitución identifica como «los principios rectores de la política social y económica» (derecho a la protección de la salud, derecho al acceso a la cultura, derecho al medio ambiente y derecho a la vivienda) y sobre la correspondiente condición o grado de vinculación, estaría representada por quienes entienden que los principios tienen atribuida y comúnmente se les reconoce, un importante valor interpretativo (sirven de guía para la interpretación, para la aplica-

⁹⁶⁴ LUIGI FERRAJOLI, «Stato Sociale e Stato de Diritto», en *Politica del Diritto*, Società Editrici Il Mulino, Bologna, vol. XII, marzo de 1982, págs. 42 y 51; LUCIANO PAREJO, *Estado social y Administración Pública*, Madrid, 1983, pág. 26.

⁹⁶⁵ RICCARDO GUASTINI, «Derechos», Cap. VI de ID., *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, trad. cast. de Jordi Ferrer i Beltrán, Colección «Cla-de-ma. Filosofía del Derecho», Editorial Gedisa, Barcelona, noviembre de 1999, págs. 179-192, la cita en págs. 188-189. Publicado originalmente con el título *Diritti* en la revista *Analisi e Diritti*, 1994; ALFONSO OJEDA MARTÍN, *Estado social y crisis económica*, Editorial Complutense, Madrid, 1996, págs. 91 y sigs.

⁹⁶⁶ BILL JORDAN (n. 1941), *Freedom and the Welfare*, Routledge and Kegan Paul, London, 1976; WILLIAM A. ROBSON, *Welfare State and Welfare Society: Illusion and Reality*, Allen and Unwin, London, 1976; CHARLES J. G. SAMPFORD y DENNIS JAMES CALLIGHAN (n. 1947) (editora), *Law rights and the Welfare State*, Croom Helm, London, 1986.

ción y para la integración de las normas jurídicas), una eficacia restrictiva (su existencia implica la prohibición de la práctica de cualquier actividad de signo contrario por parte de los poderes públicos), y una eficacia habilitadora, dada su condición de previsiones constitucionales que habilitan al legislador (sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 83/1989, de 24 de julio).

En el último cuarto de siglo se ha producido además, el progresivo reconocimiento a nivel internacional de los derechos a la protección de la salud, a la asistencia médica y a la prestación de servicios sociales. Dicho reconocimiento ha discurrido en paralelo a la progresiva positivación de los derechos declarados en los textos y cartas constitucionales, tras el momento inicial en el que, una vez formulados en las declaraciones, se cuestionaba su valor jurídico⁹⁶⁷.

Tras ese período se atravesó una segunda etapa, cuyo punto de partida fue la «Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos» celebrada en Teherán que aprobó la llamada «Proclamación de Teherán» (1968), que luego concluirán refrendando más de ciento veinte Estados al reconocer que «la Declaración universal» enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables —y los declara obligatorios para la Comunidad internacional.

VI.4. A los fines de identificar la secuencia temporal de la presencia de estos derechos, en el escenario de lo que Michael Ignatieff ha propuesto llamar la «revolución jurídica» que en materia de derechos humanos se ha producido a partir de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, habría que remontarse a la enunciación genérica que se hiciera en el artículo veinticinco de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas —el primer documento de alcance universal de la historia de la humanidad en el que se articulan los derechos y las libertades de todos los miembros de la familia humana— aprobada por la Asamblea General en el curso del tercer período de sesiones en el Palacio Chaillot de París, el diez de diciembre de 1948, diseñada para construir un contrafuegos frente a la barbarie⁹⁶⁸, y que ha terminado por convertirse en el texto se-

⁹⁶⁷ CHRISTOPH EBERHARD, *Droits de l'homme et dialogue interculturell*, Editions des Écrivains, 2002.

⁹⁶⁸ MICHAEL IGNATIEFF, *Los derechos humanos como política*, Conferencia pronunciada dentro del Ciclo de «Conferencias Tanner» sobre valores humanos, en la Universidad de Princeton (New Jersey) el año 2000, recogida en ID., *Los derechos humanos como política e idolatría*, trad. cast. de Francisco Beltrán Adell del original, *Human Rights* (Princeton University Press, Princeton-New Jersey-2001), Ediciones Paidós Ibérica, SA, Barcelona, 2003, págs. 29-74, la cita en pág. 31; JOHANNES MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998;

gundo de una religión laica de alcance planetario⁹⁶⁹ y su lenguaje ha pasado a ser la «lingua franca» del lenguaje moral global⁹⁷⁰, del derecho «a la salud y el bienestar, y en especial a la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...» o la proclamación en el artículo veintidós de la propia Declaración del derecho de toda persona «como miembro de la sociedad... a la seguridad social... y ... a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad» —en línea con lo declarado («la protección de los trabajadores contra las enfermedades generales o profesionales y los accidentes de trabajo...») en el Preámbulo⁹⁷¹ de la Constitución de la Organización Internacional de Trabajo (OIT)/«International Labour Organization (ILO) fundada el veinticuatro de abril de 1919⁹⁷², a partir de que la Comisión de Legislación Internacional de Trabajo aceptara la propuesta británica en la Conferencia de la Paz⁹⁷³, en los términos del Apartado del

A. H. ROBERTSON y J. G. MARRILLS, *Human Rights in the World*, cuarta edición, Manchester University Press, Manchester-London, 1986, Capítulo I; H. H. ROBERTSON, *Human Rights in Europe*, Manchester University Press, Manchester-London, segunda edición, 1977; ID. (editor), *Human Rights in national and international law: the proceedings of the Second International Conference on the European Convention on Human Rights held in Vienna under the auspices of the Council of Europe and the University of Vienna, 18-20 October 1965*, Manchester University Press, Manchester-London, 1968; ID., *European institutions: co-operation, integration unification*, Stevens and Sons Limited, London, 1959 (hay segunda edición, 1966).

⁹⁶⁹ ELIE WIESEL (n. 1928), «A Tribute to Human Rights», en Y. DANIELE *et alii*, *The Universal Declaration of Human Rights: Fifty Years and Beyond*, Baywood, Amityville (New York), 1999, pág. 3; ID., *Contra la melancolía*, trad. cast. de Miguel García Baró, Colección «Esprit», Caparrós, 1996; ID., «Preface» al volumen del *Forum International sur l'Intervention* (Paris, 1993), «Intervenir? Droits de la personne et raisons d'état. Forum International sur l'Intervention», La Sorbonne 16 et 17 décembre 1993, Bernard Grasset, 1994.

⁹⁷⁰ MICHAEL IGNATIEFF, «Los derechos humanos como idolatría» en ID., *Los derechos humanos como política e idolatría*, ob. cit., ed. cit., trad. cit., pág. 75.

⁹⁷¹ B. COLAS, *Organisations internationales à vocation universelle*, La Documentation française, Paris, 1993; «Constitution de la Organisation International du Travail», Versailles, 1919, en LOUIS SABOURIN (editor y presentador), *Organismes économiques internationaux*, Agence de Coopération Culturelle et Technique, La documentation française, Collection Retour aux textes, Paris, junio de 1994, págs. 293-309; D. WILLIAMS, *The Specialized Agencies and the United Nations*, C. Hurst, London, 1987.

⁹⁷² C. W. JENKS, *La justicia social en el Derecho de las Naciones. El impacto de la OIT después de cincuenta años*, trad. cast. de Teresa Rubio Tió de Martín-Retortillo, del original *Social Justice in the Law of Nations. The ILO. Impact after fifty years* (Oxford University Press, Royal Institute of International Affairs, 1970), Editorial Tecnos, Madrid, 1970; D. WILLIAMS, *The Specialized Agencies and the United Nations*, C. Hurst, London, 1987.

⁹⁷³ VICTOR-YVES GHÉBALI, ROBERTO AGO y NICOLAS VALTIUS (editores), *The International Labour Organization: a case study on the evolution of UN specialised agencies*, Nijhoff, Dordrecht-Boston, 1989; DAVID MORSE, *The Origin and Evolution of the ILO and Its Role in the World Community*, Cornell University Press, Ithaca (New York), 1969; C. WILFRED

XIII Tratado de Versalles o entidad asociada autónoma, en calidad de institución autónoma vinculada a la Sociedad de Naciones. A partir de 1946 la OIT/ILO pasó a ser el primer organismo (agencia) especializado de las Naciones Unidas. Preámbulo de Constitución de once de abril de 1919 (modificado en 1922, 1962 y 1972) que recoge los fines y propósitos de la OIT y declara que una paz universal sólo puede fundarse sobre la base de la justicia social⁹⁷⁴—.

Un segundo momento vendrá marcado por la Carta Social europea relativa a los derechos colectivos, suscrita en la ciudad italiana de Turín el dieciocho de octubre de 1961, en el marco del Congreso Europeo. Carta Social cuya entrada en vigor se demoró al veintiséis de febrero de 1965, y que ha sido objeto de reformas de cierta entidad en los años 1991 (Protocolo de Turín sobre los mecanismos de control) y 1995 (Protocolo adicional sobre el sistema de reclamaciones colectivas. Con fecha de tres de marzo de 1995 se procedió a la adopción de la llamada «Carta Social revisada», que integra un protocolo sobre la igualdad entre los trabajadores, la prohibición de todo tipo de discriminación en base al sexo, y el reconocimiento del derecho de los trabajadores a la información en el ámbito de la empresa).

La Carta Social Europea, considerada inicialmente a la manera de complemento y desarrollo del Convenio Europeo de Derechos Humanos suscrito en Roma el año 1950 por los Estados miembros del Consejo de Europa, fue el primer documento de alcance internacional que, de forma directa, sistematiza la protección de los llamados derechos económicos, sociales y culturales, en la parte primera y cuya efectividad se ve garantizada ya se regula en la segunda parte (artículos 21 a 29)⁹⁷⁵.

JENKS, *La justicia social en el Derecho de las Naciones. El impacto de la OIT después de cincuenta años*, trad. cast. de Teresa Rubio Tió de Martín-Retortillo, del original *Social Justice in the Law of Nations. The ILO. Impact After Fifty Years* (Oxford University Press, Royal Institute of International Affairs, 1970), Editorial Tecnos, Madrid, págs. 13-108; HANNA SABBAAH, «L'activité quasi-legislative des institutions spécialisées des Nations Unies», en *Recueil des Cours de l'Acad. de Droit International*, vol. III, 1964, I, 659-1; J. L. MATHIEU, «Les institutions spécialisées des Nations Unies», Masson, Paris, 1977.

⁹⁷⁴ JAMES T. SHOTWELL (editor), *The Origins of the International Labour Organization*, Columbia University Press, New York, 1934, vol. II, págs. 120 y sigs.; ID., *La grande décision*, trad. al francés de Roger Picard, «Bibliothèque Brentano's. Etudes historiques, économiques et sociales», Brentano, New York, 1945; ID., *The long way to the freedom*, Bobbs Merrill an Co, Indianapolis-New York, 1960; ID. et alii, *Perspectives on peace, 1910-1960*, Stevens, London, 1960; NICOLAS VALTIUS, *Derecho Internacional del trabajo*, Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, Editorial Tecnos, Madrid, 1977.

⁹⁷⁵ NARCISO MARTÍNEZ MORÁN, *Reconocimiento y protección*, Tema XII de Benito de Castro Cid, et alii, *Introducción al estudio de los derechos humanos*, Editorial Universitas, Madrid, 2003, págs. 203-222, la cita en págs. 211-212; JOSÉ-MARÍA MOR... RODRÍGUEZ, *Los sistemas para la Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Centro de Publicaciones del

Si bien la eficacia del sistema contemplado en la Carta Social Europea es harto limitada, y se queda reducida en no pequeña medida, en el plano del mero reconocimiento formal de derechos, y de las buenas intenciones, que no va acompañado como sería deseable de las medidas pertinentes en orden a favorecer su eficacia y exigibilidad, toda vez que los mecanismos de control se reducen a un complejo sistema de informes que los propios Estados signatarios de la Carta deberán hacer llegar periódicamente al Consejo de Europa, pero sin que pueda hablarse de obligatoriedad de ningún tipo en aras a cumplir las Recomendaciones, y del reconocimiento del derecho a la protección de la salud, disposición que reconoce derechos mediante expresiones el derecho a la Seguridad Social y a la asistencia social consagrados en los artículos once, doce y trece.

De aquí se ha pasado a un desarrollo todavía no todo lo pormenorizado que sería deseable pero, eso sí, con una voluntad de aplicación práctica, como el contemplado en el artículo cien A, parágrafo tercero del Acta única y ciento veintinueve A del Tratado de la Unión Europea, en la que se aborda la política de protección de los consumidores⁹⁷⁶, frente a la opción fundacional de los Tratados constitutivos de las Comunidades, que apenas recogen algunas alusiones a los consumidores y a la consideración de sus intereses en el Tratado de la Comunidad Económica Europea (artículos 39, 1, 40, 3, 85, 3 y 86). Con la regulación actual se ofrece una muestra privilegiada del compromiso decidido por parte de los constituyentes

Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, págs. 56-70; S. URISO MOLINER, «Garantía de los Derechos Humanos. I. La protección internacional de los Derechos Humanos», en PALOMA DURÁN LALAGUNA (editora), *Manual de Derechos Humanos*, Editorial Comares, Granada, 1993.

⁹⁷⁶ T. BOURGOIGNIE y D. TRUBECK, *Consumer Law. Common Market and Federalism*, Walter De Gruyter, Berlin-New York, 1987; LUDWIG KRAMER, *La CEE et la protection du consommateur*, trad. cast. al francés de Nadine Fallon, Story Scientia, Centre de Droit de la Consommation, Bruxelles-Louvaine-la Neuve, 1988; ID., *Derecho Ambiental y Tratado de la Comunidad Europea*, trad. cast. de la tercera edición en lengua original a cargo de Luciano Parejo Alfonso y Angel-Manuel Moreno Molina, Marcial Pons, Instituto «Pascual Madoz del territorio, Urbanismo y Medio Ambiente» de la Universidad Carlos III, Madrid, 1999; ID., LUCIANO PAREJO ALFONSO y JUAN PICÓN RISQUEZ (coordinadores), *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, con «Prólogo» de Fernando Marino Menéndez, Colección «Ciencias Jurídicas. Monografías», McGraw Hill, Madrid, 1996; ID., *EEC Consumer Law*, Colección «Droit et consommation», Bruxelles-Louvaine-La Neuve, 1986; ID., *EEC Treaty and Environmental Law*, Sweet and Maxwell, tercera edición, London, 1998; ID., *Focus on European environmental law*, Sweet and Maxwell, London, 1992 (hay segunda edición, 1997); J. P. PIZZIU (editor), *Droit de consommateurs, sécurité, concurrence, publicité. Droit français et Droit communautaire*, Story Scientia, Bruxelles, 1988; P. RENAUDIÈRE y S. VAN DUJIN, «L'Acte Unique Européen et la protection des consommateurs: les conditions d'une impulsion nouvelle, en *Revue européenne de droit de la consommation*, 1987, págs. 3 y sigs.; M. SOLA y N. JEUNIAUX, «La politique communautaire en faveur des consommateurs», en *Revue du Marché Unique Européen*, 1992, núm. 1, págs. 65 y sigs.

Europeos (desde que en 1972 los jefes de Estado y de Gobierno decidieron requerir a la Comisión a fin de que estudiara una política dirigida a proteger a los consumidores, iniciativa que tomó cuerpo en una Resolución del Consejo de catorce de abril de 1975 en la que se ofrece el programa preliminar de la política de protección y de información de los consumidores en el ámbito comunitario, medidas que ponen de manifiesto su preocupación en aras a que el Derecho se encuentre en la mayor armonía posible con las necesidades y exigencias cambiantes de sociedades desarrolladas como las de la Unión Europea, y en lo que a partir de entonces constituye un auténtico clamor popular, la demanda generalizada a favor del principio de protección a los consumidores y usuarios, que se ha constitucionalizado en más de un país comunitario⁹⁷⁷, y de manera especialmente significativa en el artículo cincuenta y uno de nuestra Carta Magna, dentro de los «Principios rectores de la Política Social y Económica» (Capítulo III, Título I, informador de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. En esa condición ha venido ejerciendo un papel orientador tanto de las exigencias políticas y legislativas que derivan del modelo constitucional de mercado como del ejercicio de la libertad de empresa⁹⁷⁸. Reconocimiento cultural en línea marcada sustancialmente por el Consejo de Europa y la Comunidad Europea. Disposición en la que la doctrina ha querido ver, de una parte los derechos fundamentales del consumidor entre los que se encuentran la seguridad, la salud y la protección de sus intereses en las sociedades europeas, y los de-

⁹⁷⁷ ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección de los consumidores en el Derecho español», en *Estudios sobre consumo*, núm. 1, 1984; ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987; JUAN GÓMEZ CALERO, *Los derechos de los consumidores y usuarios*, Editorial Dykinson, Madrid, 1994; JUAN MELLADO ROMERO, *El consumidor y la protección del medio ambiente*, Pérez Concha, Córdoba, 1989; CARLOS-FEDERICO MOLINA DEL POZO, «El derecho de los consumidores y usuarios a la protección de la salud y seguridad», en *Revista de Administración Pública* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), núms. 100-102, enero-diciembre de 1983, págs. 2603-2623; SANTIAGO MUÑOZ MACHADO y ANTONIO JIMÉNEZ BLANCO, «La protección de la salud de los consumidores», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 3, 1984; MANUEL GARCÍA AMIGO, «La defensa de los consumidores desde el Derecho Privado», en *Revista de Derecho Privado* (Edersa, Madrid), 1985, págs. 397-403; JUAN-IGNACIO PEINADO GRACIA, «El pretendido derecho de los consumidores y el sistema», en *Revista de Derecho Mercantil* (Madrid), núm. 224, abril-junio de 1997, págs. 797-855; IGNACIO QUINTANA CARLO, «La protección al consumidor en España (Aspecto Comparativo con la CEE)», en *Actualidad Civil* (Madrid), núm. 13, marzo de 1987, págs. 801-814; JOSÉ-AUGUSTO DE VEGA RUIZ, «La protección jurídica del consumidor y la Administración de Justicia: procedimientos judiciales», en *La Ley* (Madrid), tomo IV, 1987, págs. 999 y 1001.

⁹⁷⁸ JOSÉ-LUIS CASCAJO CASTRO, *Consideraciones sobre la protección de los consumidores en el ámbito constitucional*.

rechos instrumentales, necesarios para garantizar la plena aplicación de la referida libertad de empresa.

En la misma línea argumental no sería ocioso traer a la memoria la importante medida en que ha terminado calando en la opinión pública un intenso sentimiento de apoyo a las medidas de mejora de la prevención alimentaria, y la no menos importante acogida que han encontrado en el debate público las demandas a favor de una regulación eficiente y una no menor eficiente actuación administrativa en materia de sanidad animal, siempre a la vista de su incidencia sobre la sanidad humana, no en vano el fin de la normativa y de la actuación administrativa no es realmente mantener ni preservar la salud de los animales, si acaso ello es un medio para conseguir sus fines; unos, por otra parte fines muy humanos: «primera-mente, garantizar la salud de las personas, después, su dinero, su patrimonio o para ser más exactos, la riqueza general que supone la ganadería o, como dicen las leyes más clásicas, la cabaña nacional»⁹⁷⁹. Como en tantas y tantas otras veces ha sucedido, también en este caso, el estímulo inmediato de estas demandas se desató a raíz de crisis del tipo de las detectadas con ocasión de las llamadas «vacas locas», o tomó cuerpo con ocasión de incidencias y desastres que resaltaron los «mass media» y recibieron una atención vigilante por parte de los ciudadanos.

VI.5. No han sido menos numerosas las voces que se están haciendo oír y las importantes plumas que han venido interviniendo con sus publicaciones en los apasionantes debates en torno a los múltiples retos e interrogantes que para el Derecho suscita el nuevo mercado y, dentro de éste, los generados por el nuevo soporte electrónico del ejercicio y práctica de la actividad empresarial y de las transacciones de bienes y servicios.

Soporte electrónico cuyo uso, por otra parte, y como parece más que notorio, resulta ser con el transcurso del tiempo progresivamente más frecuente y cada vez afecta, también de forma progresiva a un número superior de actividades, en las que se mueven cuantías elevadas que no han dejado de crecer y de hacerse de mayor entidad, desde que hace ya algo más que una década mediante el protocolo denominado EDI («Electronical Data Interchange») se formalizara la realización de intercambios electrónicos de documentos⁹⁸⁰. En el informe de la Organización de las Naciones

⁹⁷⁹ MANUEL REBOLLO PUIG, «Sanidad animal», en SANTIAGO MUÑOZ MACHADO *et alii*, *Los animales y el derecho*, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, Capítulo VII, págs. 241-271, la cita en págs. 241-242. Vid. EDORTA COBREROS MENDAZONA, voz «Sanidad animal», en *Enciclopedia jurídica básica*, Editorial Civitas, Madrid, 1994, vol. IV, págs. 6067-6069; TOMÁS QUINTANA LÓPEZ, *Derecho veterinario: epizootias y sanidad animal*, Madrid, 1993.

⁹⁸⁰ L. IDOT, *La Directive sur le commerce électronique est définitivement adoptée*, Editions du Juris-Classeur, Paris, agosto-septiembre de 2000; YVES POULLET y ROBERT QUECK,

Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, publicado el dieciséis de febrero de 2000, se concluye que el comercio electrónico representaba en los tres años siguientes a la aprobación del citado Protocolo entre la décima, y la cuarta parte del conjunto del comercio mundial.

Fenómeno que algunos atentos analistas como A. H. Boss, J. E. Byrne, J. Dickie, Santiago Muñoz Machado, M. Nenzow, A. Recalde Castells, Alejandro Ribas, A. Rosas Fernández, F. Segura Ventosa, Carlos Vattier Fuenzalida, Rafael Illescas Ortiz y Merino Navarrete han propuesto denominar «Derecho del comercio electrónico» —«E-commerce». ateniéndose a la abreviatura inglesa que ha obtenido una considerable difusión y creciente uso en el mundo—.

Las expresiones comercio electrónico y «E commerce» cubren bajo su nomenclatura la organización y la regulación de todo tipo de identidades, actividades y relaciones contractuales susceptibles de tratamiento jurídico, que encuentran en la electrónica el soporte y el medio de transmisión de voluntades negociales. Temática sin duda compleja en extremo⁹⁸¹, dentro de la cual no tiene precisamente la condición de cuestión baladí la concerniente a las garantías del mantenimiento de la intimidad personal de los contratantes en el conjunto de relaciones negociales que se forman, perfeccionan, administran, ejecutan y consuman a través de los nuevos soportes y del nuevo mercado electrónico.

Tampoco es cuestión irrelevante o menor, la determinación de las reglas básicas o principios dotados de vocación de universalidad aplicables al nuevo soporte y al nuevo mercado de la actividad empresarial, sobre cuya fijación la doctrina ha alcanzado acuerdo pacífico:

a) Equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los actos jurídicos escritos o autógrafos (manuales) e incluso orales. La primera formulación positiva a nivel internacional de la regla de la equivalencia funcional se materializó en el artículo 11.2 de la «Convención de las Naciones Unidas» sobre garantías independientes y Cartas de Crédito de 1995, cuya entrada en vigor se demoró al primero de enero del año 2000.

b) Neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras del CE. Neutralidad tecnológica, que implica la asunción de un compromiso firme a fin de que las reglas que disciplinan la materia abarquen no sólo las tecnologías existentes y disponibles en el momento en que se formalizan los

acuerdos correspondientes y se concluyen los contratos, sino también cualesquiera de las posibilidades tecnológicas que aporten los futuros desarrollos. Sin que, para que así suceda se requiera tener que proceder a la modificación o a la adecuación correspondiente. Tal parece que la ley española de veinticuatro de julio de 1973, modificadora de los artículos veinticinco y siguientes del Código de Comercio de 1885, referentes a la contabilidad de las empresas, constituye entre nosotros la disposición pionera en la acogida de este postulado de la neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras del comercio electrónico.

c) La práctica del comercio electrónico no impone la necesidad de tener que proceder a la modificación del conjunto derecho preexistente relativo a la celebración, finalización, validez y eficacia de los contratos y otros actos jurídicos, ni el concerniente al régimen jurídico aplicable a las obligaciones. En última instancia la peculiaridad de la forma electrónica no llega a cuestionar el carácter esencial del Derecho del comercio electrónico en lo que tiene de Derecho privado de obligaciones. Si bien el Comercio Electrónico excede los límites estrictos del Derecho privado, al presentar aspectos fiscales, aspectos jurídico-internacionales, aspectos de seguridad pública... Se trata en todo caso de garantizar que las reglas que disciplinan el Comercio Electrónico no impliquen de manera inevitable una modificación sustancial del derecho de obligaciones y contratos nacional e internacional vigente en el momento en que tiene lugar la articulación jurídica de la doctrina como instrumento de transacciones. Por todas estas consideraciones se entiende que las nuevas normas deben circunscribirse a la regulación de los aspectos estrictamente electrónicos de las relaciones negociales.

d) Obligada observancia de la regla de la buena fe. Como es notorio la buena fe (la *bona fides*), en su formulación general, de las codificaciones civiles y mercantiles. Principio y concepto de capital importancia para el desenvolvimiento jurídico, cuyo ámbito de aplicación es general y alcanza a todas las partes del orden jurídico y así, su aplicación en el ámbito del Derecho mercantil nunca se ha puesto en cuestión (artículo 57 del Código de Comercio). Con la reforma que del título preliminar del Código Civil se realizó el año 1974, en la que se ordena (artículo 7) la observancia del principio ha cobrado una relevancia que se ha visto reforzada con la Ley 26/1984 General para la Defensa de los consumidores y usuarios (artículos 10 y 11) y con la Ley orgánica 6/1985 de uno de julio, del Poder Judicial. Buena fe que constituye, además, uno de los fundamentos del régimen jurídico aplicable al intercambio nacional e internacional de bienes y servicios, amén de configurarse como un principio general de Derecho que adopta la forma de cláusula general. La indeterminación parece que resulta inmanente al principio de la buena fe, y pre-

«Le droit face à Internet», en *Cahiers du Centre du Recherches Informatiques et Droit* (Nanur), 1997, núm. 12, págs. 232 y sigs.; MICHEL VIVANT, CHRISTIAN LE STANC *et alii*, *Lamy informatique et réseaux*, núm. 2515, 2001.

⁹⁸¹ A. H. BOSS, «Searching for Security in the Law of Electronic Commerce», en *Nova Law Review*, vol. XXXIII, 1999, págs. 355 y sigs.; T. FRIEDMAN, *The Lexus and the Olive Tree*, Harper and Callon, London, 2000.

cisamente su mantenimiento e invocación por parte del legislador constituye una estrategia feliz del orden jurídico, tal y como concluye el catedrático de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid José-María Miquel González, los nuevos fenómenos jurídicos no pueden quedar excluidos de la aplicación del principio de buena fe⁹⁸². De aquí que las normas reguladoras del impacto de situaciones concursales sobre compensaciones y movimientos de fondo en soporte electrónico incluyan todas ellas de forma expresa la *exceptio doli* con circunstancia excluyente del régimen de compensación formal y no retracción de la declaración de quiebra.

e) Finalmente, y no por ello menos importante, estaría el reconocimiento, siempre dentro de ciertos límites, de la libertad de contratación de las personas y de su ejercicio en el nuevo contexto electrónico. Libertad de contratación cuya expresión más ejemplar se encuentra acogida en lo dispuesto en el artículo 1.1 de los principios de Unidroit (Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado) para los contratos del comercio internacional, y en el artículo 4.1 de la Ley Modelo de la «Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional» (CNUDMI —«Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional»—, UNCITRAL —«United Nations Comisión for International Trade Law»—) de Comercio Electrónico, aprobado en la sesión plenaria de la Comisión celebrada en Viena en los inicios del verano de 1996 de la que fue «rapporteur» Rafael Illescas Ortiz, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III⁹⁸³, y ratificada mediante la Resolución 31/162 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su ochenta y cinco sesión plenaria de dieciséis de diciembre de 1996⁹⁸⁴.

En la sociedad postmoderna del riesgo («Risikogesellschaft») de la que con tanto acierto como preocupación viene ocupándose el sociólogo Ulrich Beck, no estamos precisamente ayunos de situaciones en las que se activan todo tipo de alarmas y se alientan todo género de demandas y requerimientos por parte de la opinión pública y en especial, de los grupos

⁹⁸² JOSÉ-MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ, «La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (Madrid), vol. XXIX, recogido en *Estudios Roca-Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1987; ID., «Comentario al artículo 7.1» en el volumen colectivo publicado por el Ministerio de Justicia, *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1991; FRANZ WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, trad. cast., Editorial Civitas, Madrid, 1997.

⁹⁸³ RAFAEL ILLESCAS ORTIZ, *Derecho de la contratación electrónica*, Ediciones Civitas, Madrid, 2001, pág. 29; A. RECALDE CASTELL, «Comercio y Contratación Electrónica», en *Informática y Derecho*, volúmenes XXX-XXXI-XXXII, 1999, págs. 39 y sigs.

⁹⁸⁴ MERINO NAVARRETE, *Contratos electrónicos*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 19 y sigs.

sociales dotados de mayor sensibilidad, a favor de una regulación jurídica adecuada al peligro existente, ya sea ésta en potencia o en efectos.

Bastan tal vez tras aquel recuerdo de los devastadores efectos que periódicamente generan la ingestión o el aprovechamiento alimentario humano de productos animales en cuya cría y engorde se han utilizado determinados fertilizantes de origen animal o medicamentos veterinarios. A estos efectos la primera y fundamental exigencia que contempla el artículo cuarenta y cinco de la Ley del Medicamento consiste en que «cuando se administre a animales productores de alimento destinados al consumo humano, debe conocerse el tiempo de espera adecuado para eliminar los riesgos a las personas derivados o metabolizantes de aquello». El propio Código Penal ha incorporado en su artículo 364.2 un nuevo tipo delictivo que respalda estas prohibiciones al considerar delito contra la salud pública la administración a los animales de consumo humano de cualquier producto no naturalizado por riesgo para la salud humana⁹⁸⁵.

De un tenor análogo serán todas las importantes cuestiones e interrogantes de relevancia jurídica que genere la necesaria de protección de datos personales a partir de los avances continuamente abiertos, que se producen en relación con el tratamiento informático de datos y la manipulación de los nuevos instrumentos tecnológicos cuyo uso se ha generalizado. Con razón se ha dicho a este respecto, que el uso de los ordenadores ha supuesto para el conjunto de las prácticas y de los saberes jurídicos una auténtica revolución. Una revolución en principio plenamente comparable con la que supuso en el pasado la introducción de la escritura⁹⁸⁶.

Revolución y civilización que sellan el ingreso en una nueva era, comportan una modificación radical de la condición humana y configuran la nueva composición de la realidad, con un marcado cariz tecnológico⁹⁸⁷.

⁹⁸⁵ MARÍA-PAZ ARENAS RODRÍGAZ, *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, Colección «Criminología y Derecho Penal», Edersa, Madrid, 1992; «Carta Europea sobre medio ambiente y salud», «Conferencia Europea sobre Medio Ambiente y Salud» (Frankfurt, diciembre de 1989), Cuadernos de Divulgación, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990.

⁹⁸⁶ MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, *El sentido del Derecho*, Colección «Ariel Derecho», Editorial Ariel, Barcelona, febrero de 2001, pág. 248.

⁹⁸⁷ VITTORIO FROSINI (1922-2001), «I calcolatori elettronici e il nuovo mondo civile», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (Dott. A. Giuffrè Editore, Milano), vol. L, núm. 4, diciembre de 1973, págs. 704-711; ID., *Cibernetica, diritto e società*, 1968; ID., *Il diritto nella società tecnologica*, 1981; ID., *Informatica, diritti e società*, 1988; ID., *Contributi ad un diritto dell'informazione*, 1991; un elenco casi exhaustivo de la bibliografía de Vittorio Frosini lo encontramos en R. BUSSANC (editor), *Vittorio Frosini. Bibliografia degli scritti (1941-1993)*, Milano, 1994; MARIO G. LOSANO (n. 1939) ha publicado una nota necrológica sobre el profesor de Roma; M. G. LOSANO, «Vittorio Frosini (1922-2001)», en *Sociologia del diritto* (Franco Angeli, Milano), fasc. 3, 2001, págs. 193-197.

Pero todos estos problemas, que la siempre continuamente transformada realidad y los cambios tecnológicos suscitan y trasladan al Derecho, generando lacerantes interrogantes y abriendo nuevos campos de «terra ignota» para los estudiosos⁹⁸⁸ son ya —tal y como manifiesta el consabido y socorrido tópico del poeta, ensayista, autor de relatos y periodista inglés «venido de oriente», el «escritor del imperio» Joseph Rudyard Kipling (1865-1936), siempre presente en el imaginario colectivo de quienes nos iniciamos con la lectura de su obra— otra historia.

VII. ACTIVIDAD SANITARIA Y POLÍTICAS PÚBLICAS⁹⁸⁹

VII.1. El debido reconocimiento a la labor de los autores de este volumen, se hace más obligado por la dedicación y desvelo que vienen dedicando a nuestra Facultad, que en su mayor parte se viene produciendo de una forma absolutamente desinteresada, *gratis et amore* («sin cobrar y por amor»), en el ejercicio virtuoso de un servicio⁹⁹⁰. De manera conjunta o separada, en más de una ocasión estos autores han presentado en nuestro Centro, a través de distintas sesiones monográficas, symposia y encuentros, anticipos o desarrollos de diferentes estudios sobre el tema que nos ocupa, así como sobre otras cuestiones.

Sabido es que el destino de los libros se encuentra sometido a todo tipo de contingencias de la fortuna; y que son diversos los factores que influyen en la suerte de un libro. De aquí que las predicciones en materia de publicaciones sean tan difíciles al menos como en cualquier otro ámbito: tal y como se nos recuerda en la tantas veces invocada sentencia del proverbial «Carmen heroicum» del métrico y didascálico fuera de lo común⁹⁹¹ Terentianus Maurus (Terenciano Mauro, probablemente siglos II-III): *habeant sua fata libelli*⁹⁹² («los libros tienen su fortuna»). En este caso el re-

⁹⁸⁸ CARLA FARALLI (n. 1949), «Nuove frontiere per la filosofia del diritto», en ID., *La Filosofia del Diritto contemporanea. I termini e le sfide*, Editori Laterza (Gius. Laterza & Figli Spa), Roma-Bari, septiembre de 2002, Capítulo IV, págs. 77-94, la cita en pág. 77.

⁹⁸⁹ EDUARDO MARTÍNEZ Y HERNÁNDEZ y LUIS-FRANCISCO GARCÍA PERULLES, *Tratado del derecho de la protección de la salud*, Consejería de la Salud de la Comunidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2000.

⁹⁹⁰ JUAN-ANTONIO VALLEJO NÁJERA, «La relación médico-enfermo. Técnica de la entrevista médica. Algunos aspectos psicológicos», en *Libro Homenaje al Profesor Benigno Lorenzo Velázquez*, Editorial Oteo, Madrid, 1971, págs. 237-248, la cita en pág. 240.

⁹⁹¹ J. W. BECK, «Terentianus Maurus Gedanken zur Darstellung», en *Hermes Zeitschrift für klassische Philologie* (Wiesbaden), vol. 122, 1994, págs. 220-252; MICHAEL VON ALBRECHT, *Historia de la literatura romana, Desde Andrónico hasta Boecio*, vol. II, trad. cast. de Dulce Estefanía y Andrés Pocina Pérez, Editorial Herder, Barcelona, 1999, pág. 1197.

⁹⁹² «Pro capta lectoris, habeant sua fata libelli», Ter. Maur, 218.

conocimiento público del texto ha determinado que se agotara, al poco de aparecer, su primera tirada. Tal vez precisamente por ello el reconocimiento se hace más necesario ahora, en atención al desvelo e interés que han manifestado a fin de que la segunda edición de la obra, notablemente ampliada, viera la luz de la publicación a través del acreditado sello editorial que auspicia y distribuye el Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Entidad que el profesor Emilio Suñé Llinás viene sosteniendo desde hace ya bastantes años, a partir de que sucediera en la dirección del Servicio a la siempre tan querida como recordada (que por aquella etapa volcó su talante espontáneo y su maravillosa vulnerabilidad en el Vicedecanato de Asuntos Económicos), profesora Concha Pérez de Ayala para quien entonces su trabajo era lo primero, lo segundo y lo tercero. En lo que es un ejercicio de intensa voluntad, practicada además con éxito por Emilio, de constituir a este Servicio en una sede editorial de vanguardia, especialmente receptiva hacia los nuevos ámbitos sobre los que se proyecta el Derecho en nuestro tiempo.

Todos los testimonios disponibles corroboran, que ya desde el siglo XIX, la acción administrativa en materia sanitaria, en su modalidad de sanidad preventiva social o higiene pública —esto es, como actividad médica que se ocupa de preservar la salud pública precavando enfermedades— venía siendo objeto de preocupación por parte de los poderes públicos, y tomaba cuerpo en un conjunto de medidas administrativas de salubridad de carácter general a fin de evitar, en lo posible, que se produjesen alteraciones notables en la salud pública. Hasta entonces la medicina preventiva se limitaba a individuos aislados, y suponía que la medicina debía convertirse en norma de la vida humana individual del hombre sano, con la finalidad de evitar que contrajesen enfermedades.

En la primera mitad del siglo XIX, se impone en Gran Bretaña, la primera nación industrial por aquel entonces, y tras el estallido de una considerable agitación popular⁹⁹³ en la que el pauperismo tuvo notable prota-

⁹⁹³ ASA BRIGGS (n. 1921), «The welfare state in historical perspective», en *Archives Européennes de Sociologie*, 1961, págs. 222 y sigs.; ID., *Historia social de Inglaterra*, trad. cast. de Guillermo Carrascón Garrido, adaptación y revisión técnica de Juan-Pablo Montojo, Colección Alianza Universidad, Alianza Editorial, Madrid, 1994; ID., *et alii*, *El siglo XIX y las contradicciones del progreso*, Col. «Historia de las civilizaciones», Ed. Labor, Madrid, 1973; ID., *A social history of England*, Penguin Books, London, 1988 (tercera edición, 1999); ID., *Victorian cities*, Col. «Pelican Books», Penguin Books, Harmondsworth, 1975; ID., *Victorian people: some reassessments of people, institutions, ideas and events, 1851-1867*, Odhams Pr., London, 1954; ID., *The war of words*, Oxford University Press, London, 1970; ID., *The age of improvement, 1783-1867*, Longman, segunda impresión, London, 1980; ID., y PATRICE CLAVINS, *Historia contemporánea de Europa 1789-1889*, trad. cast. de Jordi Ai-

gonismo, y que no desaparece sin que se exacerbe durante la década que siguió a su aprobación, «La Ley de Enmienda de la Ley de Pobres» de 1834 («Poor Law Amendment» o «The New Poor Law»⁹⁹⁴. Cambio normativo debido fundamentalmente al reformista Edwin Chadwick —Secretario de la Comisión de la «Poor Law», impulsor a su vez en 1848 de la «Public Health Act»— y al controvertido polemista Nassau Senior, mediante el que se deroga la Ley de Speenhamland de 1775 —intento de contener a través de la asistencia pública los efectos del libre mercado de trabajo sobre las capas menos favorecidas de la sociedad—⁹⁹⁵. La nueva Ley de Pobres de 1834 contemplaba la asignación de determinadas partidas económicas, locales para el socorro (subsidio) de los pobres, transformando el oficio en el único instrumento de asistencia social. Ley en la que decide favorecer abiertamente la medicina de salud pública preventiva, en congruencia con los recelos, no del todo infundados, y con las incertidumbres, más que justificadas, que por aquel entonces se tenían comúnmente hacia la medicina curativa⁹⁹⁶. En todo caso no debe perderse de

naud, Serie Mayor, Ed. Crítica, Barcelona, 1997; ASA BRIGGS y DANIEL SNOWMAN (editores), *Fin de siècle: how centuries end, 1400-2000*, Yale University Press, New Haven-London, 1996.

⁹⁹⁴ G. CORNEWALL LEWIS, *Remarks on the third Reports of the Irish Poor Inquiry Commissioners*, 1837, págs. 34-35; EDWARD P. THOMPSON (n. 1924), *The Making of the English Working Class* (1963), Penguin Books Ltd., Harmondsworth, Middlesex (England), reimpresión de 1982, págs. 90, 247, 294-296, 321, 334-335, 379-380, 835 y 904-905; G. M. TREVELYAN, *English Social History, A Survey of Six Centuries. Chaucer to Queen Victoria*, Penguin Books Ltd., Harmondsworth, Middlesex (England), 1967, págs. 551-553.

⁹⁹⁵ WILLIAM COBBETT, *A legacy to laboreurs*, London, 1834; NICHOLAS C. EDSALL, *The anti-poor law movement, 1833-1844*, Manchester University Press, Manchester, 1971.

⁹⁹⁶ MARK BLAUG (n. 1927), «The Myth of the Old Poor Law and the Making of the New», en *Journal of Economic History*, 1963, núm. XXXIII, págs. 151-184; ID., «The Poor Law Report Reexamined», en *Journal Economic History*, 1964, núm. XXIV, págs. 229-245; ID., *The Cambridge revolution: Success or failure?: a critical analysis of Cambridge theories of value and distribution*, Hobart Paperback, Institute of Economic Affairs, edición renovada, London, 1975; ID., *La educación y el problema del empleo en los países en desarrollo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1974; ID., *Educación y empleo*, en «Prólogo» de Francisco Bosch Font, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981; ID., *Economic history and the history of economics*, Wheatsheaf Books, Brighton, 1986; ID., *Economic theory in retrospect* (1962), Heinemann Educational, London, 1958 (cuarta edición, 1987; quinta edición, 1997); PHILIP ELLIOT, *El cambio de las profesiones de status a las ocupaciones. Caso del ejercicio de la medicina*, en ID., *Sociología de las profesiones*, trad. cast. de Esther Seorane Vázquez (del original, *The Sociology of the Professions*, The Macmillan Press Limited, London-Basingstoke 1972), Editorial Tecnos, SA, Madrid, 1975, págs. 41-48, la cita en págs. 45-46; vid. ASA BRIGGS y JOHN SAVILLE (editores), *Essays in labour history in memory of G. D. H. Cole, 25 september 1889-14 january 1959*, Macmillan, London, 1967; GRAHAM KEITH SHAW (n. 1938) (editor), *Economics, culture and Education*, Edward Elgar, Aldershot, 1991; NEIL DE MARCHI y MARK BLAUG, *Appraising economic theories: studies in the methodology of research programs*, Edward Elgar, Aldershot, 1991.

vista, por lo que tiene de ilustrativo, el dato: las leyes de pobres estuvieron vigentes en el Reino Unido, ciertamente que con actualizaciones y modificaciones no menores, hasta la «Natural Assistance Act» (Ley de Beneficencia Nacional de trece de mayo de 1948, de acuerdo con la cual todo ciudadano de Gran Bretaña que hubiera cumplido los dieciséis años puede pedir determinadas prestaciones económicas, siempre que acrediten el estado de necesidad en que se encuentran; los menores de edad estaban cubiertos por la «Children Act» (Ley de la Infancia) del propio año 1948.

Si bien la acción pública en este ámbito, considerada por los estudiosos de aquél entonces como policía sanitaria⁹⁹⁷ —dentro de la añeja «ciencia de la policía» («Polizeiwissenschaft») y del «derecho de policía» («Polizeirecht»), donde «policía» se define por su significado entonces común, hoy sólo técnico, de actividad dirigida a la ordenada convivencia de la colectividad⁹⁹⁸ y la ciencia de la policía se ocupaba de todos los asuntos públicos relativos al bienestar⁹⁹⁹—, era notablemente limitada, al igual que era limitada por aquel entonces la acción pública en la mayor parte de los ámbitos en los que con el tiempo ha terminado desplegando una importante y expansiva actividad como consecuencia de la quiebra de los postulados que confiaban en la propia autoorganización social, tal y como correspondía a un Estado del tipo «Estado gendarme»; esto es, a un Estado liberal-abstencionista, que se consagraba fundamentalmente al reconocimiento formal de ciertas libertades y a la función de policía¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁷ ENRIQUE MARTÍ JARA, voz «Sanidad», en LUIS MARTÍN Y OCAMPO, LORENZO-MARÍA ALIER Y CARSI, ENRIQUE OLIVER RODRÍGUEZ, JUAN TORRES BALLESTÉ *et alii*, *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix editor, Barcelona, tomo vigesimoséptimo, sin fecha de edición, si bien se indica que su publicación ha sido autorizada por Real Orden de cuatro de junio de 1910, págs. 808 y sigs., la cita en pág. 808; ID., *El gobierno de la ciudad inglesa*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1915; ID., *El gobierno de la ciudad inglesa*, *trabajo de investigación sobre el régimen jurídico local inglés*, Sáez Hermanos, Madrid, 1918; ID., «El rey y el pueblo: el constitucionalismo de la postguerra y la propuesta de la Constitución española», Instituto Editorial Reus, Madrid, 1929.

⁹⁹⁸ MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Derecho Administrativo*, volumen primero, trad. cast. de Luis Ortega, del original *Diritto Amministrativo* publicado por Dott. A. Giuffrè Editores (Milano), Instituto Nacional de Administración Pública, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, diciembre de 1991, pág. 54.

⁹⁹⁹ MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Derecho Administrativo*, volumen primero, ob. cit., ed. cit., trad. cit., pág. 56.

¹⁰⁰⁰ LAUREANO LÓPEZ RODÓ, «La administración pública y las transformaciones socioeconómicas», Discurso de recepción como Académico de número, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1963; LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, «El Estado de Derecho», en *Revista de Administración Pública* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 5, septiembre-diciembre de 1951, págs. 136 y sigs.; PABLO LUCAS VERDÚ, *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Acta salmanticensis, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1955.

En un momento en el que bastantes tratadistas de derecho público discrepaban abiertamente de la tesis que consideraba que la asistencia pública a los necesitados contribuía a paliar el problema de la pobreza, y denunciaban los riesgos que pudieran derivarse de la intervención del Estado en la vida social cuando no concurriera una necesidad perentoria que lo justificase, lo que concluiría por acostumbrar a la nación a una vida de perpetua penuria, siempre a la espera del subsidio o la ayuda, en la que lo conveniente sería mendigar la tutela del gobierno, incluso para los actos más sencillos de la existencia, lo que convertiría de hecho al Estado en un Estado niñera¹⁰⁰¹. De la misma forma que, por decirlo en los mismos términos de que se sirve Ralf Dahrendorf, el empleo por el empleo es una receta para la ineficiencia económica, el subsidio por el subsidio no es la mejor de las prescripciones para llegar a conseguir la desaparición total de la indigencia. Se ha hecho famosa al respecto la afirmación de Batteville: la asistencia pública a domicilio no ha logrado retirar de la vía pública un solo indigente, por el contrario, da lugar a la indigencia hereditaria¹⁰⁰².

Por decirlo usando tanto los términos de que se sirviera la gran figura del Derecho administrativo español del siglo XIX, Manuel Colmeiro (1814-1897)¹⁰⁰³, como quienes con su abierto rechazo a quienes acogieron este

¹⁰⁰¹ MANUEL COLMEIRO (1814-1897), *Derecho administrativo español*, Librerías de Don Angel Calleja, Madrid, 1850 (hay edición facsimilar en la Colección «Pensadores e xuristas galegos», Escola Galega de Administración Pública, con «Estudio Preliminar» de Alejandro Nieto García, tres volúmenes, Santiago de Compostela, 1995; la tercera edición en vida del autor del *Derecho administrativo español* se publicó en dos volúmenes, Imp. de José Rodríguez, Madrid, 1865; la cuarta en Imprenta y Librería de Eduardo Martínez, dos volúmenes, Madrid, 1876); ID., *Elementos de Derecho político y administrativo de España*, Librería de Sucesores de Escribano, sexta edición, Madrid, 1881 (hay séptima edición, corregida, aumentada y ajustada, Imprenta de la viuda e hija de Fuentenebro, Madrid, 1887), págs. 8 y 20; ID., *Curso de Derecho político, según la historia de León y Castilla*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1873; LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, «Nota sobre la política del Derecho administrativo en la obra de Colmeiro», en el volumen *Estudios en honor de Colmeiro*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1950, págs. 103-112; ID., «Administración y Sociedad», Conferencia de apertura del curso 1964-1965 del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Editorial Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1964, pág. 18; SEGISMUNDO ROYO VILLANUEVA, «Colmeiro y la Ciencia Administrativa», en el volumen colectivo *Centenario de los iniciadores de la Ciencia Jurídico-Administrativa Española*, Publicaciones del Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1944.

¹⁰⁰² FERNANDO GARRIDO FALLA, *La beneficencia de las entidades públicas y su conexión con la privada y con las nuevas formas de seguridad social*, en Delegación Nacional de Provincias del Movimiento-Instituto de Estudios Castillo de Peñíscola, «Problemas políticos de la vida local», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, págs. 203-221.

¹⁰⁰³ FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen I, «Parte General», Colección «Estudios de Administración», Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1958, 1958, págs. 146-147; S. DE LUCCA CARNAZA, voz «Administrativo (diritto)»,

género de discurso, expresara algo más de cien años después, Zygmunt Bauman en «Trabajo, consumismo y nuevos pobres».

Los muchos que participaban del criterio de Manuel Colmeiro no se encontraban muy alejados de la entonces extendida creencia sobre los efectos negativos de la asistencia gubernamental. Creencia que le había hecho concluir al estadista, diplomático, científico y ensayista americano considerado como uno de «los padres fundadores» Benjamín Franklin (1706-1790), con ocasión de su visita a la Inglaterra de 1766, que todos los afanes que se venían desarrollando en la metrópoli en orden a tratar de aliviar la situación de los pobres mediante un sistema nacional de ayuda legal, obligatorio y secularizado, habían concluido produciendo efectos prácticos indeseables, en contra de los propósitos de quienes los pusieron en marcha, generando al menos tantas dificultades y problemas como los que parecían resolver y exacerbando el problema de la pobreza que pretendían domar¹⁰⁰⁴, ya que estaban persuadidos de que los hospitales, caridades voluntarias, casas de beneficencia y «leyes de pobres», concluía otorgando un «premio al fomento de la pereza» en los beneficiados por las ayudas y socorros existentes.

Concepción que, por otra parte, casaba armónicamente con la creencia de Benjamín Franklin¹⁰⁰⁵ en la existencia de todo un abanico amplí-

en la *Enciclopedia Giuridica Italiana*, 1892, pág. 1445; SEGISMUNDO ROYO-VILLANUEVA, «Estudios y enseñanza de la administración pública», en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, 1942, págs. 153 y sigs.

¹⁰⁰⁴ HOWELL V. WILLIAMS, «Benjamin Franklin and the Poor Laws», en *Social Service Review*, 1944, págs. 79 y sigs.

¹⁰⁰⁵ BENJAMIN FRANKLIN, *Autobiografía*, con «Introducción» de Werner W. Crane, trad. cast. de Juan-Luis Vázquez, Ed. Novaro, México, 1963; ID., *Autobiografía y otros escritos*, edición preparada por José-Luis López Guerra, Biblioteca de la literatura y el pensamiento universal, Editorial Nacional, Madrid, 1982; ID., *Autobiografía y otros escritos*, «Prólogo» de Anabelle Quesada, Universidad Autónoma de Centroamérica, Col. «Clásicos de la democracia», San José (Costa Rica), 1986; ID., *Autobiography*, ed. con «Supplementary account of Franklin's later life» de W. Macdonald, Everyman's library, Col. «Biography», Dent, Dutton, London, 1948; ID., *Autobiografía* (texto bilingüe), edición de María Antonia Álvarez, Taller de Estudios norteamericanos, Universidad de León, León (España), 2001; ID., *The autobiography*, con «Introduction» de Lewis Gaston Leary (n. 1906), Collier Books, New York, tercera reimpresión de la primera edición, 1966; ID., *The autobiography*, ed. por Leonard Woods Labaree et alii, Yale University Press, New Haven, 1964; ID., *Experimentos y observaciones sobre electricidad*, Introducción, trad. cast. y notas de Joaquín Summers Gómez, Col. «Alianza Universidad» Alianza Editorial, Madrid, 1988; ID., *El libro del hombre del bien*, Nueva biblioteca filosófica, Madrid, 1929; ID., *Mélanges d'économie et politique: extraits des ouvrages de Benjamin Franklin*, con «Notice sur sa vie» de A. Ch. Renouard, Petite bibliothèque morale et philosophique, Jules Renouard Libraire, Paris, segunda edición, renovada y aumentada, 1826; ID., *Mémoires sur la vie de Benjamin Franklin, écrits par lui-même*, dos volúmenes, Petite Bibliothèque morale et philosophique, Jules Renouard Libraire, Paris, 1828; ID., *The papers on Benjamin Franklin*, Vol. I: January 1, 1706, through December 31, 1734, ed. por Leonard Woods Labaree,

simo de oportunidades económicas que se derivaban de la expansión territorial y del comercio libre, así como con su concepción de la igualdad humana y de las trece virtudes a cuyo cultivo animaba. Benjamin Franklin nunca dejó de mostrarse favorable a la construcción de hospitales y a la realización de muchas otras tareas de finalidades humanitarias por parte del gobierno, si bien templaba esta posición con una crítica abierta a los programas de bienestar social ya que estaba persuadido que provocaban, deliberadamente o no, un fomento de la pobreza¹⁰⁰⁶. En los debates acerca de las Leyes de Pobres de Inglaterra los críticos de esta legislación rechazaban la idea que las entendía como una especie de «red de seguridad» que favorecen a quienes habían quedado rezagados en la lucha por la subsistencia. Más bien, por el contrario estas normas, que se habían propuesto acabar con la pobreza, habían terminado haciendo «de la mendicidad una profesión legal; se establecen con el espíritu de una previsión noble y sublime, que contiene toda la teoría de la virtud, y ha terminado produciendo todos los efectos del vicio; habían sido hechas para aliviar a los miserables, y han sido archicreadoras de miseria¹⁰⁰⁷».

Se estaría apuntando así una de las tres tesis reactivo reaccionarias ante los movimientos hacia delante de la que nos hablara Albert O. Hirschman en *The Rhetoric of Reaction* (*La retórica de la reacción*, Cambridge, 1991), en concreto la tesis de la perversidad (lo que con harta frecuencia se califica de efecto contraintuitivo, contraproducente o «perverso») en cuya virtud toda acción deliberada para mejorar algún rasgo del orden político, social o económico, sólo sirve para exacerbar la condición que se desea resolver. Esto es, para producir exactamente lo contrario del objetivo que se proclama y persigue, y para mover a la sociedad en la dirección opuesta a la prevista¹⁰⁰⁸. Doctrina estrechamente ligada con el dogma de la disci-

Yale University Press, New Haven, 1961 (tercera reimpresión), vol. II: «January 1, 1735, through December 31, 1744», ed. por Leonard Woods Labaree y Whitfield J. Bell, segunda reimpresión, Yale University Press, New Haven, 1961; Vol. III: «January 1, 1745, through June 30, 1750», ed. por Leonard Woods Labaree y Whitfield J. Bell, Yale University Press, New Haven, 1961; Vol. V: «July 1, 1753, through March 31, 1755»...

¹⁰⁰⁶ C. BECKER, *Benjamin Franklin: a Biographical Sketch*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1946; P. CONMER, *Poor Richards Politics-Benjamin Franklin and the New American Order*, Oxford University Press, London-New York, 1965; C. VAN DORA, *Benjamin Franklin*, Viking, New York, 1938.

¹⁰⁰⁷ EDWARD BULWER-LYTTON, *England and the English*, Harper, New York, 1833, vol. I, pág. 129.

¹⁰⁰⁸ ALBERT O. HIRSCHMAN, *Retóricas de la intransigencia*, trad. cast. de Tomás Segovia, del original, *The Rhetoric of Reaction. Perversity, Futility, Jeopardy* (Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1991), Fondo de Cultura Económica, México, 1991, pág. 17 y págs. 21-54; JEAN STAROBINSKI, «La vie et les aventures du mot réaction», en *Modern Language Review*, vol. LXX, 1975, págs. XXI-XXXI.

plina de la economía de un mercado autorregulado: «En la medida en que esta idea es dominante, toda política pública que apunte a cambiar los resultados del mercado tales como los precios, o los salarios, se convierte automáticamente en una nociva interferencia en los benéficos procesos equilibradores»¹⁰⁰⁹.

Todavía no hace mucho tiempo que el director de algunas de las primeras ediciones del *Tratado de Medicina de Cecil*, el profesor Walsh McDermott (1909-1981) definía la medicina como aquella actividad humana que se emprende para el beneficio de los demás, ya sea en el campo de la salud pública, de la medicina comunitaria que es un componente de aquella —«compasión estadística» era la expresión con la que identificaba a esta última— o bien en el cuidado del paciente individual¹⁰¹⁰.

Ya en la segunda década del siglo XX se insistía en la dificultad, que a veces se presentaba casi como imposibilidad, de ofrecer un concepto general de sanidad, argumentando a estos efectos, y no sin un punto de exageración, visto lo que vendría poco tiempo después, que la «complejidad de la vida social de un lado y el creciente intervencionismo del Estado de otro, hacen que la Administración cada día atienda con mayor cuidado y devoción cuanto hace referencia a la conservación de la vida de sus ciudadanos, y todo lo que en este importante aspecto se transforma en servicios públicos, es tratado por los autores como policía sanitaria. En un amplio sentido, puede decirse que cuanto actualmente afecta a la conservación de la vida ha pasado a ser una cosa pública, al punto de que hasta las acciones más esencialmente privadas, en lo que al cuidado de las enfermedades hace referencia, toman más o menos un carácter público innegable. En el ciudadano enfermo, cuando menos interviene el Estado en su curación, interviene organizando un servicio de médicos, de los que podrá elegir libremente cual ha de atenderle, pero tendrá que ser siempre dentro de aquellos a los que en el Estado se les haya reconocido la facultad de ejercer la profesión, y en manera alguna podrá dejarse aconsejar por personas que no sean oficialmente profesionales. Cada día, pues, los servicios de la Sanidad adquieren un carácter más acentuadamente público, ahora bien —se decía—; en los servicios públicos para la conservación de la salud hay que distinguir, aun cuando los autores ordinariamente no los distinguen, dos clases: los servicios que atienden a la conservación de la salud y los que atienden al restablecimiento. Estos dos grupos pueden dar lugar a una

¹⁰⁰⁹ ALBERT O. HIRSCHMAN, *Retóricas de la intransigencia*, ob. cit., trad. cast. cit., ed. cit., pág. 37.

¹⁰¹⁰ JAMES B. WYNGAARDEN, «La medicina como servicio público» en el volumen dirigido por JAMES B. WYNGAARDEN y LLOYD H. SMITH JUNIOR, *Tratado de medicina interna de Cecil*, decimosexta edición, volumen I, ob. cit., ed. cit., trad. cast. cit., págs. XLI y XLIII.

clara distinción entre la llamada higiene y la llamada salubridad o sanidad, todo ello ordinariamente comprendido o confundido al hablar de policía sanitaria. A lo menos, como diferencia para un fácil estudio, es ésta, admitida entre nosotros por Posada, de un valor innegable. Según ella, queda para el estudio de la Higiene pública, desde un punto de vista jurídico, todo lo referente a la prevención de las enfermedades y mantenimiento del cuerpo social en las debidas condiciones de salud; función jurídica que se traducirá en servicios que atienda: 1.º A la prevención de enfermedades contagiosas. 2.º A la policía alimenticia. 3.º A la policía de obras. 4.º A la policía higiénica de las profesiones. 5.º A la higiene mortuoria. Para el estudio de la sanidad quedará, según este punto de vista, lo relativo a: 1.º Conjunto de medidas para reprimir la invasión epidémica cuando se haya presentado. 2.º Las que se adopten para combatir, localizándolas y extirpándolas, ciertas enfermedades endémicas; y 3.º Las que de un modo normal se apliquen a la represión de las enfermedades individuales con carácter contagioso, curación de accidentes, etc. (Posada, Derecho administrativo): La sanidad así entendida se ocupa, pues, únicamente de aquella función curativa y nada roba a la Higiene, de lo que es eminentemente preventivo, aunque la íntima ligazón existente entre ambas haga difícil con frecuencia, distinguir dónde termina una y comienza la otra¹⁰¹¹.

Con tales antecedentes a nadie puede sorprender la privilegiada relación que desde entonces ha existido, y aún hoy se mantiene reforzada, entre administración pública y actividad sanitaria. Ni tampoco debiera extrañar, el destacado tratamiento que de los distintos aspectos normativos y jurisprudenciales de la sanidad vienen realizando desde entonces, nuestros administrativistas¹⁰¹².

Atención que ha crecido en extensión e intensidad a partir del momento en que ha adquirido mayor relevancia en el ámbito de la salud la actividad curativa de los ciudadanos. Ámbito asistencial asumido con la decidida voluntad de que su cobertura no se despliegue en merma de la actividad preventiva, y con el propósito, por otra parte no menos firme, de que su cobertura no suponga la renuncia a la tarea de proteger la salud de la colectividad como conjunto¹⁰¹³.

¹⁰¹¹ ENRIQUE MARTÍ JARA, voz «Sanidad», en LUIS MARTÍN OCAMPO, *ob. cit.*, *ed. cit.*, pág. 808.

¹⁰¹² E. ROBLES GONZÁLEZ, F. GARCÍA BENAVIDES y J. BERNABÉU MESTRE, «La transición sanitaria en España desde 1900 hasta 1990», en *Revista Española de Salud Pública*, Madrid (vol. LXX, núm. 2, 1996).

¹⁰¹³ PAUL R. KRUGMANN (n. 1953), «Un dilema sanitario», en *id.*, *El teórico accidental y otras noticias de ciencia lúgubre*, trad. cast. de Jordi Pascual del original *The accidental theorist and other dispatches from the dismal science* (W. W. Norton and Company, New York, 1998), Editorial Crítica, Barcelona, 1999, págs. 173-178; *id.*, *La era de las expectati-*

Tal y como reconoce, con cierta rotundidad, el catedrático de «Relaciones Internacionales» de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Catania Fulvio Attinà, aun a pesar de que la expansión de auténticas políticas públicas en el campo de la salud sea un fenómeno bastante reciente¹⁰¹⁴, hasta el punto que su despegue habría venido a coincidir con la emergencia del Estado del Bienestar.

La higiene y la sanidad públicas fueron unos de los sectores en los que el Estado contemporáneo puso en juego más tempranamente su poder regulador, y sometió a prueba su capacidad de gestión. Regulación y gestión que el Estado abordó con tal fuerza expansiva, que, allí donde desplegó esta actividad, hasta el presente no ha tenido propiamente rival en la conducción de la política sanitaria en su propio territorio, haciendo bueno en este ámbito la fórmula expresiva de la soberanía «in cives ac subditos»¹⁰¹⁵ del poder estatal que generó la controversia que enfrentó a dos de los primeros espadas de la Historia del derecho italiana del siglo pasado, Francesco Ercole y Francesco Calasso, en torno al origen de la conclusiva fórmula «rex non recognoscentes superior in temporalibus... est imperator» o «rex, imperator in regno suo, superiorem in temporalibus non recognoscit»¹⁰¹⁶.

vas limitadas, trad. cast. del original *The age of diminished expectations: U.S. economic policy in the 1990's* (The MIT Press, Cambridge-Mass, 1992), Colección «Ariel Sociedad Económica», Editorial Ariel, Barcelona, 1991.

¹⁰¹⁴ A. ALBARRACÍN TEULÓN, «Revolución y Medicina: Una interpretación de la tardía ordenación de la asistencia médica en la España del siglo XIX», en *Dynamics* (Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada) (vol. 5-6, 1986); E. BALAGUER, R. BALLESTER, R. BERNABÉU, J. NOLASCO, A. PERDIGUERO y S. PÉREZ, *La transición sanitaria española en el período 1879-1919*, Congreso de Demografía Histórica, Universidad de Alicante, Alicante, 1990.

¹⁰¹⁵ JENA BODIN, *Six livres de la république* (1576), I, 8; ALBERTO TENENTI, «Teoria della sovranità e ragion di Stato nella République di Jean Bodin (1576)», en *Diritto e Potere nella storia Europea*, Atti in onore di Bruno Paradis, Quarto Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, Leo S. Olschki Editore, Firenze, MCMLXXXII, volumen I, págs. 419-438.

¹⁰¹⁶ FRANCESCO CALASSO, «Origini italiane della formula Rex in regno suo est imperator», en *Rivista di Storia del Diritto*, vol. III, 1930; *id.*, *I glossatori e la teoria della sovranità*, tercera edición, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1957; *id.*, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievali*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1948 (hay segunda edición de 1949); FRANCESCO ERCOLE, «L'origini francesi di una nota formale bartoliniana: civitas superiorem non recognoscens est sibi princeps», en *Archivio Storico Italiano*, 1915, págs. 241 y sigs.; JOSÉ ITURMENDI MORALES, «En torno a la idea de Imperio en Alfonso X el Sabio», en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 182, marzo-abril de 1972, págs. 83-153, la cita en pág. 104; ANTONIO MARONGIU, «Francesco Calasso (1904-1965) e la metodologia della storia del diritto», en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* (Dott. A. Giuffrè Editore, Milano), Serie III, Años XVII-XXI, volumen XI, 1963-1967, págs. 1-21, la cita en págs. 7-8; SERGIO MOCHI ONORY, *Fonti canonistiche dell'idea mo-*

Con todo, la verdad es que en los últimos años, el juego conjunto de la globalización y de los procesos de desnacionalización e internacionalización han determinado una cierta —y en todo caso creciente— erosión de la exclusividad, y hasta del predominio del Estado en el importante sector de la política sanitaria¹⁰¹⁷.

A este respecto ha sido especialmente determinante el reconocimiento en el primer párrafo del artículo cuarenta y tres de la Constitución española del «derecho a la protección de la salud», o lo dispuesto en su segundo apartado en orden a la atribución de competencias a los poderes públicos a los fines de «organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios», remitiéndose a la ley correspondiente a fin de que por esta se establezcan los derechos y deberes de todos al respecto», así como la fórmula que contiene el tercer párrafo del mismo artículo concerniente al fomento de la educación sanitaria, la educación física y el deporte, y en el que se hace referencia a las medidas favorecedoras de una adecuada utilización del ocio¹⁰¹⁸ (párrafo este último, que ha sido objeto de un brillante análisis por parte del cate-drático de Derecho Financiero y Tributario Luis-María Cazorla Prieto en

derma dello Stato, Vita e Pensiero, Pubbl. dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, vol. XXXVIII, Milano, 1951, págs. 9-10; GAINES POST, «Public law, the State and nationalism», en el volumen *Studies in Medieval Legal Thought: Public law and the State*. 1100-1322, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1964, págs. 434 y sigs.; WALTER ULLMANN, «The development of the medieval idea of Sovereignty», en *English Law Review*, vol. LXIV, 1949, págs. 1-33.

¹⁰¹⁷ FULVIO ATTINÀ, «Sanidad», en ID., *El sistema político global. Introducción a las relaciones internacionales*, ob. cit., trad. cit., ed. cit., págs. 246-252; ID., *Introducción al sistema político de la Comunidad Europea*, trad. cast. de A. Elvira, Colección «Estudios Políticos», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; ID., *La politica internazionale contemporanea*, Collana di Scienza politica e relazioni internazionali, Franco Angeli, Milano, 1989; D. P. FINDLER, «Globalization, international law and emerging infectious diseases», en *Perspectives*, vol. II, núm. 2, 1995, págs. 77-84; C. JOHNSON y P. SODENHELAN, «IGO-NGO relations HIV (AIDS: innovation or stalemate?)», en G. T. WEISS y L. GORDENKER (compiladores), *NGOs, the U.N. and global governance*, Lynne Rienner, Boulder, 1996, págs. 121-138; J. HERMANS, A. CASPARIE y J. PAELINCK (editores), *Health care reform after 1992*, Dartmouth, Aldershot, 1992; M. MORAN y B. WOOD, «The globalization of health care policy?», en P. GUMMETT (compilador), *Globalization and public policy*, Edward Elgar, Oxford, 1996, págs. 125-142.

¹⁰¹⁸ RAMÓN MARTÍN MATEO, «Ordenación pública del sector salud», en *Revista de Administración Pública* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), septiembre-diciembre de 1977, págs. 371 y sigs.; J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, RICARDO DE LORENZO y MONTERO, A. AULLÓ CHÁVEZ y JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, *Legislación sanitaria de España*, segunda edición, Editorial Colex, Madrid, 2003; LUIS MORELL OCAÑA, «La evolución y la configuración actual de la actividad administrativa sanitaria», en *Revista de Administración Pública* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. LXIII, septiembre-diciembre de 1970, págs. 131 y sigs.

los «Comentarios a la Constitución española» que dirigiera el maestro complutense del Derecho administrativo Fernando Garrido Falla).

A partir de entonces la literatura jurídica dedicada al tratamiento de la acción administrativa sanitaria no ha dejado de crecer, destacando dentro de esta como la más acreditada en nuestro país, y en bastantes otros¹⁰¹⁹ la debida a una serie de administrativistas: José María Álvarez-Cienfuegos Suárez, Edorta Cobreros Mendazona, Santiago Muñoz Machado, Juan Pemán Gavín, Manuel Rebollo Puig...). Autores todos ellos, que han privilegiado, siempre dentro de una concepción general de la acción sanitaria, el tratamiento de la idoneidad y adecuación de los servicios sanitarios a los fines que en orden a la salud pública se encomiendan a los poderes públicos¹⁰²⁰. Autores que, desde el Derecho Administrativo, recogen el legado de la cameralística («Kameralwissenschaft») y de la ciencia de la policía, que les había precedido en el tratamiento de todos los asuntos públicos relativos al bienestar (el estado de los pobres, la beneficencia, la educación, la sanidad, como incrementar la industria y el comercio, o prevenirse frente a las carestías, o favorecer el florecimiento las letras y las artes¹⁰²¹. Ciencias «cuyo contenido sería dado por la consideración de la que tiene por objeto la producción y la administración de todo lo que contribuye al bienestar y la felicidad de los hombres»¹⁰²².

¹⁰¹⁹ RUTH B. FREEMAN y EDWARD M. HOLMES JUNIOR, «Los servicios de salud pública como problema administrativo», en ID., *Administración de los servicios de salud pública*, ed. esp. de Luis Cervantes y Luis-Ramón Pérez Lluas Editorial Interamericana, SA, México-Buenos Aires-Madrid, 1962, págs. 3-11; LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, RICARDO DE LORENZO y MONTERO, JOSÉ-MARÍA ÁLVAREZ CIENFUEGOS *et alii*, *Derecho médico: Tratado de derecho sanitario*, Asociación Española de Derecho Sanitario, tres volúmenes, Colex, Madrid, 2001.

¹⁰²⁰ CARLOS-CÉSAR ÁLVAREZ NEBRED, *Administración sanitaria y sistema de salud*, Editorial Sin..., Madrid, 1994; ID. y EDORTA COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud. Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998; J. PEMÁN GAVÍN, «Hacia un estatuto del enfermo hospitalizado», en *Revista de Administración Pública* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 103, enero-abril de 1984, págs. 89 y sigs.

¹⁰²¹ MASSIMO SEVERO GIANNINI, «Tipo estructural de normativa pública, formas del siglo XVIII», en ID., *Derecho Administrativo*, volumen primero, ob. cit., ed. cit., trad. cast. cit., págs. 53-58, en particular 56; ID., «Profilo storia della scienza del diritto amministrativo», en *Studi Sassaresi*, vol. XVIII, 1940; H. MATIER, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, München, 1980.

¹⁰²² J. G. MEUSEL, *Leitfaden zur Geschichte der Gelehrsamkeit*, vol. I, Leipzig, 1799, pág. 206; JOHANN HEINRICH GOTTLÖB VON JUSTI (1717-1771), *Staatswissenschaft oder systematische Abhandlung aller oekonomischen- und Kameralwissenschaften die Regierung einer Landes erfordert werden* (1755), segunda edición-1758, «Prefacio», págs. XII y sigs.; ALBION W. SMALL, *The Cameralist, the pioneers of german social polity*, Burt Franklin, New York, 1909, págs. 60-100; ID. y GEORGE E. VINCENT, *An introduction to the study of society*,

No ha sido menor la atención dedicada al tratamiento del tema por parte de aquellos autores que, cuando desde el Derecho Administrativo abordan el tratamiento en sede normativa, jurisprudencial y/o doctrinal de la sanidad y la salud, se centran muy cuidadosa y rigurosamente en el análisis de la necesidad imperativa de atenerse en el despliegue de la actividad sanitaria pública, tanto al respecto de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente¹⁰²³, como al principio de legalidad («Government of laws not of men») consagrado reiteradamente por el texto constitucional (artículos 9.3, 97 y 103.1). Persuadidos como están de que, una vez constitucionalizado el derecho a la protección de la salud resulta evidente que la decisión y la responsabilidad de la regulación y de la configuración jurídica de la actividad sanitaria recae sobre el legislador¹⁰²⁴.

VII. 2. Lo cierto es que, a poco que se considere la historia del largo trazado recorrido por la actividad pública en el ámbito sanitario y asistencial, se convendrá en admitir en que su transcurso conoció un primer momento donde esta actividad administrativa se desarrollaba fundamentalmente, bien cierto que no de forma exclusiva, en el marco territorial local o provincial.

A este respecto bien puede recordarse aquí el afamado «Colloquiorum liber» de Desiderio Erasmo (1467-1536). Se trata, como es notorio, de una de las colecciones de diálogos escolares al uso en la primera mitad del siglo XVI, publicada en la ciudad de Basilea hacia 1521, entre los que destaca uno que tiene por título *El alquimista y el mendigo*, en donde quien representa al personaje que vive de la caridad y hace oficio de su mendici-

American Book, New York, 1894; MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, «La sistematización del Derecho Notarial en la Ilustración alemana y su contribución al desarrollo de la Ciencia política como Ciencia del Estado», en RAÚL MORODO y PEDRO DE VEGA (directores), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas Verdú*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, tomo I, págs. 443-462.

¹⁰²³ ENRIQUE LINDE PANIAGUA, *El derecho del poder. Una reflexión sobre el derecho administrativo*, Colección «Universitaria», Editorial Colex, Madrid, 1999; ID., *Constitucionalismo democrático (o los hombres en el centro del sistema político)*, Biblioteca jurídica de bolsillo, Editorial Colex, Madrid, 1999.

¹⁰²⁴ JOSE JOAQUIM GOMES CANOTHILO, «Metodología fuzzy y análisis normativo en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales», en *Derecho y libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas* (Boletín Oficial del Estado, Madrid), núm. VI, 1998, págs. 49 y sigs.; ID., *Direito constitucional*, Livraria Almedina, sexta edición, Coimbra, 1993; DAVID MATAS, «Economic Social and Cultural Rights and the Role of Lawyers: North American Perspectives», en *For the Role of Law. International Commission of Jurists* (París), núm. LV.

dad, Misopono afirma: «... Porque ya se empieza a decir por ahí que no debe tolerarse a los mendigos bigardear por donde les dé la gana; que habrá de darse ordenanza para que cada ciudad sostenga a sus pobres y obligue a trabajar a los que vean para el caso»¹⁰²⁵.

Esta atribución de las funciones asistenciales a los ámbitos municipal y provincial resulta plenamente congruente con el frágil modelo de sanidad pública con que se contaba en la comunidad urbana medieval, así como con la valoración y la función de la limosna en el Antiguo Régimen. Esto es, con la creencia en que constituirá el principal elemento estructurador del sistema de protección social; y con la valoración de la misma, más allá de su evidente entidad espiritual, por la función social que la corresponde, al constituir una garantía de reproducción de la fuerza del trabajo, y con ella de una determinada estructura social en la que la propia existencia de la pobreza responde ya sea a la voluntad divina¹⁰²⁶ —que quiere o consiente su existencia¹⁰²⁷— ya sea al orden natural de las cosas.

Por otra parte, el conjunto de Instituciones, de prácticas y de actuaciones vinculadas con la Beneficencia¹⁰²⁸ y los servicios públicos o privados (durante bastante tiempo a estos se les denominaba más bien particulares) de Beneficencia, en lo que ésta suponía de modalidad de asistencia y de protección social, tan antigua como la propia humanidad, aparecía frecuentemente ligada a las actividades de naturaleza, ya sea religiosa, ya sea militar, y las más de las veces iba acompañada del estímulo o del impulso de la compasión, que a su vez se veía reforzada por la creencia en el deber moral del hombre de hacer el bien a sus semejantes en proporción

¹⁰²⁵ «Veinte coloquios de Erasmo». I. «Los coloquios de Erasmo», editados y comentados por Julio Puyol y Alonso con ocasión del cuarto centenario de la muerte de D. Erasmo de Rotterdam, en *Boletín de la Academia de la Historia* (Madrid), Tomo CVIII, cuaderno II, abril-junio de 1936, págs. 373-551, la cita en pág. 450.

¹⁰²⁶ ANTONIO MORELL BLANCH, «Reflexiones en torno a la idea de pobreza», en *Revista Anthropol. Huellas del conocimiento* (Anthopol Editorial del Hombre, Rubí-Barcelona), núm. 104, 2002, págs. 10-21, la cita en pág. 12.

¹⁰²⁷ Se dice, y muy probablemente pertenezca a la leyenda malintencionada, que en 1951, cuando el entonces catedrático de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca, profesor Joaquín Ruiz-Giménez Cortés, destinado a funciones diplomáticas a título de Embajador de España ante la Santa Sede, fue recibido en audiencia por Su Santidad el papa Pío XII —audiencia solicitada por Don Joaquín, a fin de comunicarle la necesidad de dejar la Embajada para incorporarse al Gobierno de Franco como Ministro de Educación Nacional—, tras la intervención del Embajador, en la que éste habría afirmado que «la Divina Providencia ha querido que su siervo sea designado Ministro», Pío XII corrigió la expresión diciendo «la Divina Providencia ha consentido que su siervo sea designado ministro».

¹⁰²⁸ MELCHOR SALVÁ ORMAECHEA, «De la beneficencia pública», Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Central, Imprenta de Don Alejandro Gómez Fuentenebro, Madrid, 1858.

a los medios de que se dispusiese, tal y como recordase al respecto en sus publicaciones sobre el tema, el maestro complutense del Derecho público, Decano que fuera de nuestra Facultad, Vicente Santa María de Paredes (1853-1924)¹⁰²⁹.

Se extiende comúnmente que la Beneficencia consistía en un tipo de actividad o de conducta altruista¹⁰³⁰ (esto es, completamente desinteresada) y libre¹⁰³¹ de socorro y de prestación de ayudas públicas o privadas, de carácter esencialmente gratuito (su recompensa se agotaba en la práctica del bien por el bien, sin consideraciones o cálculos de expectativas de retribución, premio o castigo), cuya finalidad no es otra sino proveer a la satisfacción de las necesidades básicas de quienes carecían de los medios precisos para conseguirlo por sí mismos¹⁰³².

El Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión de

¹⁰²⁹ ANTONIO RODRÍGUEZ SASTRE, *Datos para el estudio y organización de la beneficencia pública y privada*, Imprenta Palomeque, Madrid, 1934, pág. 3; VICENTE SANTAMARÍA DE PAREDES, *El concepto de organismo social*, Imprenta del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, Madrid, 1896; ID., «El concepto de sociedad», discurso leído en la Universidad Central en la inauguración del curso académico de 2001 a 2002, Imprenta Colonial-Universidad Central, Madrid, 1901; ID., «Concepto del Código», Tesis inédita presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1873; ID., *Pérez Pujol y su obra póstuma*, «Prólogo» a la *Historia de las Instituciones Sociales de la España Goda*, de Pérez Pujol, Tipografía de F. Vives Mora, Valencia, 1896; ID., «El movimiento obrero contemporáneo», Discurso de Recepción en la Junta Pública de quince de mayo de 1893, Madrid, 1894; ID., *Curso de Derecho Administrativo según principios generales y la legislación actual de España*, con un «Prólogo» de Eduardo Pérez Pujol (la primera edición se publicó en Imprenta de Ferrer de Orga, Valencia, 1880-1881), Establecimiento tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1885 segunda edición de 1888; quinta edición de 1898; sexta edición de 1903; séptima edición de 1903; novena edición de 1913 (en Imprenta Española de Madrid); ID., «La defensa del derecho de propiedad y sus relaciones con el trabajo», Memoria premiada por la Academia de Ciencias Morales y Políticas en el Concurso extraordinario de dieciséis de marzo de 1872, Tipografía del Colegio Nacional de Sordo-Mudos y de Ciegos, Madrid, 1874.

¹⁰³⁰ ANTONIO M. HESPANHA, *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, trad. cast. de Ana Cañellas Haurie, Colección «Historia de la sociedad política», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 156-157.

¹⁰³¹ HELENA BÉJAR, *El mal samaritano: el altruismo en tiempos de escepticismo*, Col. «Argumentos», Ed. Anagrama, Barcelona, 2001; SANTIAGO BARAJAS MONTES DE OCA, voz «Beneficencia», en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, tomo I, págs. 331-333.

¹⁰³² JULIO CASTILLO Y DOMPER, *La beneficencia hospitalaria en general*, Facultad de Medicina, Universidad Central, Madrid, 1881 (Tesis Doctoral); FRANCISCO HERRERA, TOMÁS ALBERICH y JESÚS MARTÍN, voz «Beneficencia», en *Diccionario de municipalismo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 44-45; JUAN-LUIS VIVES (1492-1540), *De subventionem pauperum*, transcripción de la edición del volumen de 1871, Imprenta del Asilo de Huérfanos, Col. Biblioteca Pro Infancia, Madrid, 1915.

Madrid, editó en 1944 una monografía de quien había sido ministro de Gobierno de la monarquía, catedrático de Derecho Administrativo y decano de la Facultad de Derecho de Madrid, José Gascón y Marín, cuyo sub-título sintetiza las líneas de desarrollo de la historia de la actividad estatal en la materia: «Los planes de seguridad social. De la Beneficencia al Seguro».

Por decirlo con los términos que propuso utilizar el maestro Jaime Guasp Delgado (1913-1980)¹⁰³³ en su definición de la Beneficencia: «Conjunto de prestaciones que, reconociendo normalmente como causa que la justifica una contraprestación compensadora, son dispensadas no obstante por un motivo de necesidad, de la realización efectiva de esa contraprestación...». La Beneficencia como obra social, tiene que consistir —entiende el maestro de los procesalistas y de los juristas sin adjetivos— sustancialmente en prestaciones, algo que una persona realiza frente a otra, y que por esto, sitúa a la segunda en una ventaja final respecto a la primera.

Nuestros administrativistas de la primera parte del siglo XX habían entendido por Beneficencia a toda acción social que responda al hecho de la desigualdad social, y es cultural, lo que le atribuye la condición de actividad en alguna medida paliativa de esas modalidades de desigualdad, que se despliega en una serie de prestaciones¹⁰³⁴.

Algunos historiadores del Derecho, de las instituciones, del pensamiento jurídico y de la Ciencia Jurídica, como el profesor portugués Antonio M. España se han propuesto mostrar en que medida la «liberalitas», «magnanimitas» y «charitas» de nuestra sociedad europea presentaba significativos rasgos que las hacen semejantes en parte a las dádivas de las sociedades polinésicas e indonorteamericanas de las que se ocupó con fortuna en su estudio etnológico «Essais sur le don. Forme et raison de

¹⁰³³ JAIME GUASP DELGADO, «La beneficencia como objeto formal de la actividad administrativa», en *Estudios en Homenaje a Luis Jordana de Pozas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, tomo II, págs. 247 y sigs. (recogido en ID., «Estudios jurídicos», edición a cargo de Pedro Aragonés Alonso, Editorial Civitas, Madrid, 1996), págs. 257-275, la cita en pág. 266.

¹⁰³⁴ CARLOS MARÍA CORTEZO, MANUEL M. SALAZAR y JOSÉ GASCÓN Y MARÍN, *Si conviene utilizar los servicios y fondos de la beneficencia pública sanitaria para los seguros sociales obligatorios de enfermedad, invalidez y maternidad, y procedimientos de utilización*, Conferencia Nacional de Seguros de Enfermedad, Invalidez y Maternidad, Barcelona, noviembre de 1922, Sobrino Suc. de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1922; JOSÉ GASCÓN Y MARÍN, *La política social en el derecho constitucional contemporáneo*, Escuela Social, Madrid, 1948; JOSÉ GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho Administrativo: Principios y legislación española*, Bermejo, decimotercera edición, Madrid, 1956, tomo II: «Organización y materia administrativa», págs. 338 y sigs.; ANTONIO ROYO VILLANUEVA, SEGISMUNDO ROYO-VILLANUEVA (1909-1965) (corregidor y adaptador), *Elementos de Derecho Administrativo*, Imprenta Castellán, Valladolid, vigésimo tercera edición, 1952, tomo II, pág. 88.

l'échange dans les sociétés archaïques» (1925, su obra maestra en la valoración posterior a su desaparición física y la primera formulación de la relación entre los modelos de intercambio y la estructura social) del sociólogo francés Marcel Mauss (1872-1950), desde el momento en que al igual que sucedía con las prestaciones o sistemas de intercambio de donativos en Polinesia, Melanesia y el nordeste de América, en principio «voluntarios, desinteresados y espontáneos», pero en realidad, de hecho, «obligatorios e interesados», en la práctica de las ayudas caritativas la parte acreedora obtiene de hecho, con la práctica de la caridad, cierta ascendencia sobre quienes reciben el don, o la dádiva, o la caridad, dando origen a lo que propiamente es una relación de poder: «La liberalidad («liberalitas») y la caridad («charitas») designan —con importantes diferencias entre sí— las conductas a adoptar («las virtudes») por parte de aquellos que ocupan el polo activo o dominante de esas relaciones. La liberalidad, que en principio parece ser una actividad libre y gratuita, también es un importante foco emisor de normatividad social», y se adscribe de este modo a un determinado orden normativo¹⁰³⁵.

El «socorro a los pobres» alcanzó con la obra *De subventionem pauperum* (*Tratado del socorro de los pobres*, Brujas, 1526) del humanista, pedagogo, escritor, ascético y apologista de la fe y de la paz, Juan Luis Vives (1492-1540) la máxima densidad filosófica de su tiempo, ya que se trataba de un texto que estaba dotado de un excepcional valor pedagógico¹⁰³⁶, y que junto con otro de los tratados del pensador valenciano, el que tiene por título *De communione rerum* (*Tratado de la comunicación de bienes*, Basilea, 1538), contiene los desarrollos más acabados de lo que constituye la exposición de su teoría de la propiedad¹⁰³⁷.

¹⁰³⁵ ANTONIO M. HESPANHA, «La economía de la gracia», Capítulo V de ID., *La gracia del Derecho. Economía de la cultura...*, ob. cit., trad. cast. cit., ed. cit., págs. 151-176, la cita en págs. 157 y 170; SETH LEACOCK, «Ethnological Theory of Marcel Mauss», en *American Anthropologist*, Nueva Serie, LVI, 1954, págs. 58-73; HENRI LÉVY-BRUHL, «In Memoriam Marcel Proust», en *L'Année Sociologique*, tercera serie, 1948-1949, págs. 1-4.

¹⁰³⁶ ADOLFO BONILLA Y SAN MARTÍN (1875-1926), *Luis Vives y la Filosofía del Renacimiento*, volumen I: «El hombre y la época», Colección «Nueva biblioteca filosófica», Espasa-Calpe, Imprenta del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, Madrid, 1903, pág. 387; ID., *Luis Vives y la Filosofía del Renacimiento*, 1929, vol. II: «Las doctrinas», Colección «Nueva biblioteca filosófica», Espasa-Calpe, Madrid, 1929; vol. III: «Notas. Apéndice. Bibliografía», Colección «Nueva biblioteca filosófica», Espasa-Calpe, Madrid, 1929.

¹⁰³⁷ JUAN LUIS VIVES, *El socorro de los pobres. La comunicación de bienes*, «Estudio Preliminar», traducción y notas de Luis Frayle Delgado, Clásicos del pensamiento, Editorial Tecnos, Madrid, 1997; ID., *Tratado del socorro de los pobres*, trad. cast. de Juan de Gonzalo, reproducción facsimilar de la edición de Valencia, 1781 (Imprenta Benito Monfor), Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1991; ID., *Del socorro de los pobres*, con «Introducción» de Demetrio Casado, Hacer, Barcelona, 1992; ID., *Tratado del socorro de los pobres*, trad.

De subventionem pauperum aporta todo un programa completo de ayuda al pauperismo. Se trata de una publicación en lengua latina, que nació originariamente como un escrito —guion propuesta de Juan Luis Vives, dirigido a la consideración de los cónsules y del Senado de su tierra de elección, Brujas¹⁰³⁸, quienes le habían comisionado a fin de que la redactase—, con el propósito de orientar e influir las decisiones que habrían de adoptarse sobre la materia.

Difícilmente puede interpretarse en sus adecuados términos la obra *El socorro a los pobres* —en la que, partiendo del principio de que no es justo que en una ciudad haya ciudadano alguno que sea maltratado de hambre y miseria, propugna sin embargo una actividad de pesquisa por parte de las autoridades locales que permita la averiguación de los verdaderos pobres, llegando a proponer que para ejercer la mendicidad en la calle sea preciso exhibir una licencia especial expedida a estos efectos por el Jurado de la ciudad—, si no se la sitúa en el contexto de la notoriedad y del interés que alcanzó la disputa sobre la pobreza entre los humanistas de un lado, y los tardomedievales y escolásticos de otro. Bastará con traer al recuerdo la disputa que enfrentó en la primera mitad del siglo XVI los argumentos al respecto acerca de las ventajas o las contraindicaciones que genera el mantenimiento de un sistema de ayudas que permite vivir al margen del trabajo. Controversia en definitiva centrada en la pertinencia o no de mantener el tratamiento tradicional al problema del pauperismo; centrado por una parte, en los argumentos del continuador de su aportación a la filosofía jurídica y política y hermano de hábito del impulsor de la restauración eclesiástica en la España del Renacimiento Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, OP (1494-1560), y, por otra, en las tesis del escriturista Fray Juan de Robles, OSB (1492-1572)¹⁰³⁹, quien sostiene que es necesario permitir que

cast. a cargo de Juan de Gonzalo Nieto e Ibarra, Col. «Libros célebres españoles y extranjeros», Prometeo, Valencia, sin fecha; ID., *Tratado del socorro de los pobres*, Biblioteca Pro Infancia, Imprenta del Asilo de Huérfanos (transcripción de la edición de Valencia, 1781), Madrid, 1915.

¹⁰³⁸ MARCEL BATAILLON, «Jean-Louis Vives, réformateur de la bienfaisance», en *Bibliothèque du Humanisme et Renaissance*, vol. XIV, 1952, págs. 141-158; JOSÉ-MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, «La enseñanza del Derecho según Juan Luis Vives», en *Homenaje a Nicolás Pérez Serrano*, Instituto Editorial Reus, Madrid, vol. I, 1959, págs. 62-81; JOSÉ CORTS GRAU, «La dignidad humana en Juan Luis Vives», en *Archivo de Derecho Público* (Universidad de Granada), vol. III, 1950, págs. 73-89; JOAQUÍN CARRERAS Y ARTAU, *Luis Vives philosophie de l'humanisme. Apports historiques à la philosophie chrétienne de l'Occident*, Louvain, 1962; MARIANO PUIGDOLLERS OLIVER, *La filosofía española de Luis Vives*, Editorial Labor, Barcelona, 1940.

¹⁰³⁹ FRAY DOMINGO DE SOTO, OP, *Deliberación en la causa de los pobres* («*Deliberatio in causa pauperum*»), opúsculo en latín y en castellano, Salamanca, 1545), con la réplica de Fray Juan de Robles, OSB, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965 (hay edición de

sean conciliables las obligaciones de caridad que remiten a los mandatos de la voluntad de Dios, y las necesidades propias de la comunidad política¹⁰⁴⁰. Se trataba de reconocer que si bien los principios de la moral cristiana imponen una actitud de ayuda ante los casos de indigencia y de necesidad y era obligado admitir que en menester la a los ojos de los cristianos de los desvalidez, a fin de que se habituaran a la misericordia, no puede por menos a su vez dejar de reconocer la legítima autoridad que corresponde al gobierno para vedar que se pida públicamente limosna, siempre que se atiende por otra vía a la subsistencia de los pobres¹⁰⁴¹.

En todo caso, por sabido no parece que sea necesario extenderse en argumentar que la beneficencia se practicaba básicamente desde la benevolencia o la filantropía hacia los seres humanos en general¹⁰⁴². La práctica

1926, con introducción de P. L. Getino, publicada en Vergara-Guipúzcoa; ID., *De iustitia et iuri libri deum. De la justicia y del derecho en dos libros*, ed. facsimilar de ed. de Salamanca, Andrés de Portonaris, 1556, ed. de Venancio Diego Carro y Marcelino González Ordoñez en cinco tomos, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, 1967-1968; ID., *De legibus* (Ms. Ottob. lat. M. 782). I. Comentario al tratado de la Ley. I. Tratado de la ley en general («*Summa Theologica*», 1-2, págs. 90-97), ed. de Francisco Puy Muñoz y Luis Núñez, Cátedra Francisco Suárez de la Universidad de Granada, 1965; ID., *Relaciones y opúsculos*, vol. I: «Introducción General. De Dominio. Sumario. Fragmento. An liceat...», ed. de Jaime Brufau Prats, Biblioteca de Teólogos españoles, San Esteban, Salamanca, 1995, vol. II: «El abuso de los juramentos. La ocultación y la revelación de secretos», ed. de Antonio Osuna Fernández-Largo, Biblioteca de Teólogos Españoles, San Esteban, Salamanca, 200; JAIME BRUFAU I PRATS, *El pensamiento político de Domingo de Soto y su concepción del poder*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1960; G. M. DE COLOMBAT, *Corrientes espirituales en la España del siglo XVI. Estudios monográficos*, Barcelona, 1963, págs. 148-151; LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, *La fundamentación normativa de Domingo de Soto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1977; DOMINGO RAMOS-LISSÓN, *La Ley según Domingo de Soto*, Eunsa, Pamplona, 1976; JUAN DE ROBLES, *De la orden que en algunos pueblos de España se ha puesto la limosna para remedio de los verdaderos pobres*, Salamanca, 1545; ID., *El culto sevillano*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1992; ID., *Milagros de San Isidoro/Lucas de Tuy*, transcripción, «Prólogo» y notas de Julio Pérez Llamazares, «Introducción» de Antonio Viñayo González, Universidad de León-Real Colegiata de León-Cátedra de San Isidoro, 1992.

¹⁰⁴⁰ J. I. CARMONA, «La asistencia social en la España de los Austrias», en *De la beneficencia al bienestar social. Cuatro siglos de acción social*, Siglo XXI Ed., Madrid, 1988; LUCA PARISOLI, «Domingo de Soto e l'affermazione del diritto ad essere poveri», en *Materiali per una storia della cultura giuridica* (Società Editrice Il Mulino, Bologna), vol. XXX, 1, 2000.

¹⁰⁴¹ FERNANDO GARRIDO FALLA, «La beneficencia de las entidades públicas y su conexión con la privada...», *ob. cit.*, ed. cit., vol. cit., pág. 203.

¹⁰⁴² JUAN DAVID GARCÍA-BACCA (n. 1901), *Sobre filantropía: tres ejercicios literario-filosóficos: Filantropía divina, divina-humana, humana*, Col. «Pensamiento crítico/Pensamiento utópico», Anthropos, Rubí (Barcelona), 2001; LYON HUNT, voz «Filantropía», en VICENZO FERRARI y DANIEL ROCHE (editores), *Diccionario histórico de la Ilustración*, trad. cast. de José-Luis Gil Aristu del original (Gius, Laterza & Figli, Bari-Roma, 1997), Alianza Universidad, Madrid, 1998, págs. 268-273.

del bien con respecto a las personas (*beneficium*) era entendida, ya desde la Antigüedad Clásica, como una de las manifestaciones más elocuentes de la libertad humana.

En cualquier caso, es preciso hacer la salvedad de que en puridad la Filantropía, si bien no carecía de antecedentes más o menos remotos, responde a una de las muchas concepciones innovadoras que se postularon en el curso del siglo XVIII. Concepción además de origen secular, y de ambiciones y propósitos abiertamente secularizadores —no en vano en la idea de la Ilustración subyace la sempiterna creencia en el carácter soberano del hombre sobre todo lo creado¹⁰⁴³— y dotada, como se puso de manifiesto, de una gran fuerza expansiva. Identificar beneficencia y filantropía es una forma más de incurrir en los habituales deslizamientos semánticos, tomar por sinónimos dos categorías que no son identificables, sino que más propiamente responden a concepciones encontradas de la vida, del ser humano y de la convivencia social, practicando lo que tantas veces se hace por pereza intelectual, y así ocurre que el término filantropía con frecuencia brota de manera instantánea cuando se habla de beneficencia, y viceversa. Concepción Arenal de Ponte (1820-1893) en *La beneficencia, la filantropía y la caridad*, discrimina conceptos, diferenciando el alcance de lo que para ella eran tres manifestaciones, dotadas de matices diversos, de la tendencia benefactora de la persona humana sin esperar a cambio de su práctica contraprestación alguna; esto es, realizada por pura virtud, respondiendo al simple impulso benevolente de ayudar al prójimo y por la generosidad de hacerle participe del bienestar de que disfruta quien actúa, que se siente impulsado a hacerlo, respectivamente, o bien por el cumplimiento del deber, bien en razón del sentimiento de compasión humana, o estimulado por el amor divino: «Beneficencia es la compasión oficial que ampara al desvalido por un sentimiento de orden y de justicia»; «filantropía es la compasión filosófica, que auxilia al desdichado por amor a la humanidad y la conciencia de su dignidad y de su derecho»; y «caridad es la compasión cristiana, que acude al menesteroso por amor de Dios y del prójimo»¹⁰⁴⁴.

El propio término filantropía (literalmente, amor a la Humanidad), se acoge y vierte en todas las lenguas cultas europeas en el curso del siglo XVIII. Esto es, en una época de la que ha podido decirse que puso de moda al Humanismo¹⁰⁴⁵. Ciertamente que al humanismo entendido en el

¹⁰⁴³ MATEU CABOT, «Theodor W. Adorno cumple cien años», en *Cuadernos Hispanoamericanos* (Agencia Española de Cooperación Internacional, Madrid), volúmenes 637-638, julio-agosto de 2003, págs. 213-218, la cita en pág. 214.

¹⁰⁴⁴ PLUTARCO MARSÁ VANCELLS, *Actualidad permanente del pensamiento de Concepción Arenal*, Colección F, Editorial Fragua, Madrid, 1983, págs. 24-25.

¹⁰⁴⁵ GEORGE, *England in transition*, Penguin Books, London, 1953 (la 1.ª edición de esta obra se publicó en 1931, pág. 74); DAVID OWEN, *English philanthropy, 1660-1960*, Cambridge University Press, Cambridge (United Kingdom), 1964.

sentido más preciso de la expresión, como concepción del mundo más bien que como filosofía o doctrina social o política de una cierta época. El humanismo del que hablamos designa toda una variada serie de estilos filosóficos o de tendencias filosóficas que ponen de relieve algún ideal humano, y que periódicamente emerge en el debate político y filosófico.

El humanismo del que hablamos pues, no se identifica con lo que retrospectivamente, cuando se encontraba muy avanzado, casi concluido el siglo XVIII, o más bien ya iniciado el siglo XIX, sirvió para identificar el movimiento surgido en la Italia de primeros del siglo XIV y que se extiende a otros muchos países europeos durante los siglos XV y XVI, bajo el rótulo de humanismo renacentista. Precisamente se ha convertido en un lugar común fijar el nacimiento del término humanismo en el discurso filosófico a partir, y por obra, de la publicación en 1804, por parte del maestro y educador bávaro F. J. Niethammer de su obra *Der Streit der Philanthropismus und des Humanismus in die Theorie des Erziehungsunterrichts unserer Zeit*, sin que pueda imputársele a producto de un descuido o del azar, la presencia simultánea en el título, de los términos «filantropismo» y «humanismo»¹⁰⁴⁶.

En un primer momento su utilización se circunscribe al reducido círculo de las élites intelectuales, para concluir por extenderse a todas las clases sociales. Filantropía es un término, que en principio parece casar armónicamente con todo el repertorio de los ideales emancipatorios y cosmopolitas, que entendían que la situación padecida por los pobres tenía la condición de «piedra de toque de una civilización, de una nación, y de una filosofía»¹⁰⁴⁷, y la historia de las ideas acerca de la pobreza ofrecen un microcosmos de la historia de las ideas en general.

El término filantropía se utilizaría inicialmente en la acepción de benevolencia hacia los seres humanos en general, «sin distinción de país, raza o secta» que tiene como fundamento a la «oikeiósisis», la familiaridad de todo hombre con cualquier otro ser humano.

Así lo entendió Marie-Jean-Antoine-Nicolas Caritat marqués de Condorcet (1743-1794)¹⁰⁴⁸, el primer teórico de la escuela republicana lai-

¹⁰⁴⁶ JOSÉ FERRATER MORA (1912-1991), voz «Humanismo», *Diccionario de Filosofía*, Nueva edición revisada, comentada y actualizada por el profesor Josep-Maria Terricabras, supervisada por Priscilla Cohn Ferrater Mora, Colección «Ariel Referencias», Editorial Ariel, SA, Barcelona, primera reimpresión, octubre de 1998, tomo II (E-J), págs. 1700-1705.

¹⁰⁴⁷ GERTRUDE HIMMELFARD, *La idea de pobreza. Inglaterra a principios de la era industrial*, trad. cast. de Carlos Valdés, del original en lengua inglesa, *The idea of poverty. England in the early industrial age* (Alfred A. Knopf, New York, 1983), Fondo de Cultura Económica, México, septiembre de 1988, pág. 11.

¹⁰⁴⁸ CATHERINE DUPRAT, *Les temps des philanthropes: la philanthropie. La parisienne des Lumières à la Monarchie du juillet*, «Preface» de Maurice Azolhon, Edition du CTHS, Paris, 1993.

ca¹⁰⁴⁹ y único filósofo de envergadura vinculado a la Ilustración francesa que presenció la Revolución como observador privilegiado, y participó en ella en la condición de miembro de la Asamblea Legislativa y de la Convención Nacional, adherido al grupo de los girondinos, para concluir sufriendo en su persona, con la muerte en prisión a las pocas horas de ingresar en la cárcel, los excesos que arrastró consigo el evento cardinal de los tiempos modernos que llamamos Revolución francesa¹⁰⁵⁰, con la consiguiente metafísica política del terror¹⁰⁵¹. No en vano Condorcet estaba persuadido de que «bastaría con que tan solo un ciudadano sufriera desprecio, para que pueda llegar a considerarse oprimido el cuerpo entero de la nación». En el entendimiento de que por encima de las soluciones individuales todos los problemas o dificultades que tienen la consideración de problemas ancestrales de la sociedad, sólo pueden ser resueltos a través de la oportuna acción social. La Historia de la Humanidad no era para Condorcet en definitiva, sino la secuencia de una serie de etapas en el irreversible camino hacia el progreso de la razón, que termina abriéndose paso, y que al hacerlo libera a los hombres de todo tipo de tiranías.

La Ilustración, en lo que tuvo de tendencia intelectual, política y social, caracterizada por su optimismo en el poder de la razón y en la posibilidad de reorganizar a fondo la sociedad a base de principios racionales, y con las reservas de las considerables divergencias que de hecho presentó en los países donde arraigó, no supuso en ningún caso un mero pasatiempo, o una actitud dilatante de la élite intelectual de su tiempo, sino que más bien aportó el programa, el calendario y algunas de las condiciones, que permitirían poner en marcha todo un proceso real de emancipación de los valores y de las creencias heredadas, y de transformación de lo real. Quienes se identificaron con su ideario estuvieron persuadidos de que los poderes públicos debieran ocuparse de manera inexcusable en la tarea de ofertar

¹⁰⁴⁹ CATHERINE KINTZLER, *Condorcet, teórico de la escuela republicana: un pensamiento filosófico y paradójico*, trad. cast. de Florentino Sanza Pérez, Gabriela Ossenbach Sauter y Manuel de Puellas Benítez, «La Revolución francesa y su influencia en la Educación en España», coeditado por la Universidad Nacional de Educación a Distancia y la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, págs. 25-42, la cita en pág. 25; ID., *Condorcet, l'instruction publique et la naissance du citoyen*, Folio-Essais, Paris, 1987.

¹⁰⁵⁰ ROLF E. REICHARDT, *La Revolución Francesa y la cultura democrática. La sangre de la libertad* (monografía publicada dentro de la serie «Historia de Europa» coordinada por Wolfgang Benz), «Prólogo» de Juan Pablo Fusi (n. 1945), trad. cast. de Carlos Martín Ramírez, del original, *Das Blut der Freiheit: französische Revolution und demokratischer Kultur*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2002.

¹⁰⁵¹ JESÚS-FLORENTINO FUEYO ÁLVAREZ, *La vuelta de los budas. Ensayo-ficción sobre la última historia del pensamiento y de la política*, Organización Sala Editorial, Madrid, octubre de 1973, pág. 122; GÉRARD WALTER, *Histoire des Jacobins*, Aimery Somoggy, Paris, 1946, pág. 306.

servicios y protección así como tratar de favorecer el desarrollo sin obstáculos de las personas y las instituciones ¹⁰⁵².

En definitiva, la aportación más destacada de las muchas que nos legó la Ilustración, en congruencia con la respuesta-programa de Immanuel Kant a la pregunta «¿Qué es la Ilustración?» ¹⁰⁵³ consistió no tanto en su riguroso y novedoso sistema de ideas, siendo como era éste de excepcional importancia, sino en el clima y la actitud global de confianza en la capacidad creativa y transfiguradora de los saberes, en la aptitud y el valor del individuo para utilizar su inteligencia, que impulsó una concepción de la vida centrada en el hombre, y que se entendía apta para poder transformarle, y con talento más que suficiente también para poder transformarlo al mundo y a la Naturaleza. El sueño de la Ilustración entendía que, con el anunciado señorío de la razón pura —una facultad que se desarrollaba con la experiencia— las grandes esclavitudes a las que había estado sometido el hombre terminarían por superarse y quedarían definitivamente eliminadas.

A su vez, el término filántropo se utilizaba en los momentos iniciales, generalmente para identificar o designar a las personas o Instituciones que hacían de este sentido moral, benevolencia, humanidad o simpatía para con el prójimo necesitado, una profesión, una dedicación, o una ocupación «a tiempo completo»; aunque se les aplicó, ciertamente que no con menos propiedad, a miles de personas de posición económica y social modesta o media, que apoyaron con donativos y ayudas a los necesitados ¹⁰⁵⁴.

Tal vez por ello, en un primer momento se recurrió a personalizar la filantropía en el comportamiento del titán Prometeo («el previsor»), cuyo conocimiento ha llegado hasta nosotros a través de la mitología griega. Prometeo era hijo de Jápeto y de Temis (la hija del Océano), campeón del género humano a cuyos representantes había entregado el fuego del que habían sido privados por Zeus, y al que algunas leyendas atribuyen la propia creación de los hombres sirviéndose de arcilla para hacerlo. En la tragedia «Prometeo encadenado», atribuida al más antiguo de los poetas trágicos, Esquilo (325-456 a. J. C.) —si bien fue completada e incluso tal vez escrita por otro autor no determinado a su muerte—, Prometeo el ti-

¹⁰⁵² LUIS-MIGUEL ENCISO, *La Europa del siglo XVIII*, Editorial Península, Barcelona, 2002; THOMAS MUNCK, *Historia Social de la Ilustración*, trad. cast., Editorial Crítica, Barcelona, 2002.

¹⁰⁵³ «La Ilustración es la salida del ser humano de su minoría de edad culpable». Vid. HELLMUT BECKER, «Educación para la autonomía. Una última entrevista con Adorno», en *Revista de Educación* (Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid), núm. 280, mayo-agosto de 1986, págs. 3-16, la cita en pág. 3.

¹⁰⁵⁴ GETRUDE HIMMELFARB, *La redefinición de la pobreza: desde la Filosofía Moral hasta la Economía Política*, primera parte del volumen de ID., *La idea de pobreza. Inglaterra a principios de la era industrial*, op. cit., ed. cit., trad. cast., págs. 21-171, la cita en pág. 46.

tán ¹⁰⁵⁵ por haber sido el paladín del género humano al entregar a los mortales en un tronco de férula el fuego robado de la fragua de Hefesto, y al ilustrarles acerca de las distintas ciencias y artes, se ve sometido al castigo de permanecer inmóvil atado al pico de una elevada roca en el Caúcaso, y a sufrir en tales condiciones, el tormento de un águila que acudía todos los días a devorar su hígado, órgano que crecía de nuevo a la siguiente noche, prologándose así una y otra vez, indefinidamente, el tormento y el castigo. La figura de este Titán que despertó la cólera de Zeus, además de alentar la compasión, despertaba los sentimientos característicos de la ayuda y el socorro. Este Dios doliente veía así en qué medida su buena obra terminó por tener tan justo castigo, terrible y dura «recompensa» para quien se ha comportado como «philántropos» (amante de la humanidad), y así se lo hicieron saber sus captores. Ese amor a los hombres, esa filantropía, es el mayor delito que pudo haber cometido el ladrón del fuego celeste, que no se doblega, orgulloso de padecer sufrimiento a consecuencia de su benefactor comportamiento a favor de los seres humanos. Se decía, y se daba por sabido, que ningún Prometeo ha desafiado nunca a Dios impunemente» ¹⁰⁵⁶.

La beneficencia conoce un despliegue especialmente llamativo a lo largo del siglo XVIII, hasta el punto que uno de los rótulos que más comúnmente se suelen atribuir a este período por parte de algunos tratadistas —e incluso en alguno de los pasajes la «Encyclopédie» de 1765, el mejor documento sobre las ideas de la burguesía francesa en el citado siglo, y sobre sus audacias y sus limitaciones—, fue precisamente el de siglo de la beneficencia y de la humanidad. Tan es así que incluso se ha llegado a conjeturar que el propio término beneficencia («bien faisance») en lengua francesa había sido acuñado a principios del siglo de las Luces por el abate Charles-Irénée Chastel de Saint Pierre, pensador, político y novelista francés entre dos épocas (1658-1743, espíritu fecundo, a quien hoy se recuerda casi de manera exclusiva por su «Project pour rendre la paix perpétuelle en Europe», 1713, y que como persona puede que fuera el tipo mismo de reformador en quien se conjugan el humanitarismo y el uti-

¹⁰⁵⁵ CARLOS GARCÍA GUAL, *Prometeo: mito y tragedia*, Hiperión, Madrid, segunda edición, revisada, 1995; R. TROUSSON, *Le thème de Prométhée dans la Littérature européenne*, dos volúmenes, Droz, Genève, 1964; G. LUIR, *Prometeos*, Editorial Trotta, Madrid, 2001; JEAN PIERRE VERNANT, «Le mythe au Prométhée chez Hésiode», recogido en *Mito y sociedad en la Grecia Antigua*, trad. cast., Siglo XXI, Madrid, 2003.

¹⁰⁵⁶ J. PETER MAYER, *Max Weber and German Politics. A Study in Political Sociology*, Faber and Faber, London, 1944, pág. 86; ID., *Max Weber y la política alemana*, Col. «Ideologías contemporáneas», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966; ID., *Trayectos del pensamiento político*, con la colaboración de R. H. S. Crossman et alii, «Introducción» de R. H. Tawney, Fondo de Cultura Económica, cuarta reimpresión en cast., México, 1981.

litarismo»¹⁰⁵⁷), para quien la beneficencia superaba a la caridad en sus propósitos y en sus motivaciones, movilizado como de hecho se encontraba, por el sentimiento de comunidad (humanidad) para con los demás seres de la especie humana, y ya no en el amor a Dios, como ocurría con la caridad.

Quienes propiciaban abiertamente la acogida de la expresión filantropía, y el consiguiente abandono de toda referencia a la caridad, argumentaban que la virtud de la caridad, que había tomado el relevo de la liberalidad con el advenimiento del cristianismo, en cualquier caso, para muchos de los que vivieron en el Siglo de las Luces, connotaba y traía a su memoria resonancias de las luchas y las persecuciones religiosas que sacudieron la primera Modernidad en el continente europeo. Esto es al menos lo que apunta, y sus criterios pocas veces yerran, Desfontanes en el *Dictionnaire neologique* (1725).

Comenzó por aquel entonces a imponerse entre los «philosophes» la creencia generalizada en que, de todas las variadas dolencias imaginables y de todos los sufrimientos que pueden aquejar a los seres humanos, la pobreza era sin duda, la dolencia y el sufrimiento más social tanto en su origen, como en su desarrollo y proyección; de tal manera que, en consideración a esta circunstancia, no parecía disparatado entender que se trataba de la dolencia y del sufrimiento más susceptible de ser curado y de supe-
ración a través de acciones y medidas de la propia sociedad.

Una de las primeras decisiones que adoptó la Asamblea Constituyente francesa a este respecto fue la creación de un «Comité de Mendicidad», con competencia en la materia, y con el mandato específico de determinar los criterios que debieran orientar la actuación gubernamental ante el problema de la pobreza. Los comisionados entendieron, y así consta en los acuerdos que adoptaron tras las correspondientes deliberaciones, que la pobreza no era una cuestión resoluble, ni abordable, en sede de caridad, ya que afectaba por entero al ámbito de la justicia y de la equidad. En el seno del Comité de Mendicidad se reivindicó de forma reiterada acerca de la existencia de un «derecho al trabajo», derivado de la condición de ciudadano, y se sostuvo que cuando tal derecho no pueda ejercerse de forma efectiva surge un deber de asistencia por parte del Estado¹⁰⁵⁸.

En todo caso, el cambio fundamental de las condiciones existentes sólo

¹⁰⁵⁷ JEAN TOUCHARD *et alii*, «El equilibrio europeo», en ID., *Historia de las ideas políticas*, trad. cast. de Javier Pradera, del original *Histoire des idées politiques* (Presses Universitaires de France, Paris), reimpresión de la tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1970, pág. 337.

¹⁰⁵⁸ G. PROCACCI, «De la mendicité à la question sociale», en F. X. MERRIEN (director), *Face à la pauvreté*, Editions de L'Ataler, Paris, 1994.

se produjo en el momento en que se afrontó la reforma sanitaria en la Inglaterra del siglo XIX¹⁰⁵⁹, momento en el que se inició también, si bien con notable prudencia y lentitud, la legislación social y asistencial en algunos países de la Europa continental, y de lo que fue muestra significativa el conjunto de disposiciones que a partir de 1881 se establecen en Alemania y que despliegan una serie de mecanismos protectores, que en puridad eran una especie de combinado entre el mantenimiento de formas de represión y control político-social y racionalización de las viejas medidas de beneficencia.

Todos los analistas concuerdan en señalar lo íntimamente unidas que se encontraban en sus orígenes, y por un doble título, la actividad sanitaria y la beneficencia, toda vez que, por un lado, las prestaciones sanitarias a pobres e indigentes eran uno de los objetos propios y destacados de la actividad que desarrollaban la beneficencia pública, y por otro, los hospitales de beneficencia se configuraban como instituciones, que además de prestar asistencia sanitaria, se ocupaban de atender otras urgencias y necesidades, relacionadas entre sí, pero de muy distinta naturaleza. Beneficencia («virtud de hacer el bien», práctica de las buenas obras y especialmente las de caridad»¹⁰⁶⁰) como sustituto o complemento de la caridad¹⁰⁶¹ y otros socorros más o menos circunstanciales destinados a compensar, mitigar o solucionar daños, desgracias o padecimientos individuales o sociales. Favoreció sin duda la percepción de la existencia de una significativa relación entre actividad sanitaria y la Beneficencia, el hecho de que en frecuentes ocasiones se denominaban hospitales a distintos centros de peregrinos y pobres, esto es, a locales en los que por caridad aquellos podían comer y dormir, sin que en puridad se tratase de centros de curación médica, sostenidos por distintas órdenes religiosas, la Iglesia o diferentes Instituciones de culto¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁹ GEORGE ROSEN, *A History of Public Health*, M. D. Publications, New York, 1956; WILSON G. SMILLE, *Public Health. Its Promise for the Future*, Macmillan, New York, 1959.

¹⁰⁶⁰ MARÍA JIMÉNEZ SALAS, «Beneficencia Eclesiástica», voz de *Diccionario de Historia Eclesiástica de España*, dirigido por Quintín Aldea Vaquero, Tomás Marín Martínez y José Vives Gatell, Instituto Eugenio Flórez del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1972, págs. 213-238, la cita en pág. 213; FEDERICO MORENO AURIÓN, *La beneficencia en Madrid*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1929.

¹⁰⁶¹ JONATHAN BARRY y COLIN JONES (n. 1947), *Medicine and charity before the Welfare State*, Routledge and Kegan Paul, London-New York, 1991; JERÓNIMO MOLINA CANO, *La política social en la historia*, «Prólogo» de Luis Vila, «Nota Preliminar» de Federico Rodríguez, Diego Marín, Murcia, 2000; CARLOS-JOSÉ RIQUELME JIMÉNEZ, *La beneficencia en Indias: siglos XVI-XVIII: Una aproximación legislativa*, Ed. Surcos, Ciudad Real, 1994.

¹⁰⁶² SEBASTIÁN GARCÍA, OFM, «Medicina y Cirugía en los Reales Hospitales de Guadalupe», en *Revista de Estudios Extremeños* (Dpto. de Publicaciones de la Excma. Diputación Provincial de Badajoz), Año 2003, Tomo LIX, núm. 1, enero-abril, págs. 11-77, la cita en págs. 30-31.

Resultó común entender por Beneficencia el auxilio y la comunicación de bienes al prójimo necesitado, en la condición de práctica de una obligación moral estricta, o de un deber de socorro o de asistencia impuesto, de hecho por bastantes de los credos morales y religiosos, pero de forma muy especial por los principios de la Moral y de la Religión cristianas (Mt., XXV, 34-40)¹⁰⁶³. De hecho, con gran probabilidad se trate de la primera o al menos de una de las primeras confesiones religiosas que no llegaron a considerar a la enfermedad como una consecuencia (castigo) del pecado.

La Moral y la Religión cristiana aportaron un estilo de vida originario que tendría como característica más propia, o como uno de los rasgos que mejor las definen, a la pobreza y a la misericordia. Se ha podido afirmar en este sentido, la querencia de dicha Moral y Religión a favor de «un estilo de vida sobrio y de una especial disposición para ayudar a los demás»¹⁰⁶⁴. La primitiva comunidad jerusalemita adoptó el régimen de comunismo de consumo, y así nos lo testimonian los «Hechos de los Apóstoles»¹⁰⁶⁵, Régimen de bienes que condujo a una catástrofe económica, que solo pudo ser superada gracias a la realización de una serie de colectas entre otros grupos de cristianos¹⁰⁶⁶.

De la misma forma ha podido afirmarse, y no sin razones para ello, que el valor de la igualdad, en principio se identifica, o está muy próximo, al valor de la fraternidad cristiana¹⁰⁶⁷ en las relaciones particulares, o a la práctica de la solidaridad. Todos los testimonios de que disponemos parecen corroborar que la solidaridad era entendida como una actitud moral y social, que resultaba exigida por la natural interdependencia de los seres humanos¹⁰⁶⁸, en su condición de animales dependientes y altamente vul-

¹⁰⁶³ RAFAEL LÓPEZ PINTOR, «¿Es la sociedad española solidaria?», en JUAN MARÍA LABOA (editor), *Solidaridad y subsidiariedad en la sociedad española*, Publicaciones de la Universidad de Comilla-Fundación Konrad Adenauer, Madrid, 1993, págs. 23-34, la cita en pág. 31.

¹⁰⁶⁴ RAFAEL LÓPEZ PINTOR, «¿Es la sociedad española solidaria?», en JUAN MARÍA LABOA (editor), *Solidaridad y subsidiariedad...*, ob. cit., ed. cit., pág. 32.

¹⁰⁶⁵ Hch 2, 44-45 («Todos los creyentes vivían unidos y tenían todo en común; vendían sus posesiones y sus bienes y repartían el precio entre todos, según la necesidad de cada uno»), 4, 32-35; GONZALO PUENTE OJEA, *Ideología e Historia. El cristianismo como fenómeno ideológico*, Siglo XXI Ed., Madrid, 1974, quinta edición, 1991, págs. 188-200.

¹⁰⁶⁶ ANTONIO PIÑEIRO, «El cristianismo primitivo y el Estado», en *Heterodoxia. Tri-mestral del pensamiento crítico y extravagante* (Madrid), tomo XII, núm. 20, octubre-noviembre-diciembre de 1992, págs. 197-208, la cita en pág. 201.

¹⁰⁶⁷ VICTORIA CAMPS, *Una calidad de vida*, Editorial Crítica, Barcelona, 2002.

¹⁰⁶⁸ JUAN PABLO II, *Carta Encíclica Sollicitudo Rei Socialis*, 1987, 38, 39, 40; LEÓN XIII, *Carta Encíclica Rerum Novarum*, 1891, 23; JOSÉ-TOMÁS RAGA GIL, «Solidaridad y subsidiariedad en la España de hoy», en JUAN-MARÍA LABOA, *Solidaridad y subsidiariedad en la sociedad española*, ob. cit., ed. cit., págs. 47-58, la cita en pág. 47.

nerables¹⁰⁶⁹. Notas todas ellas (pobreza, misericordia, fraternidad, solidaridad...) que en definitiva constituyen algunos de los signos más propiamente distintivos de los discípulos de Cristo (Juan, 13, 35).

En la *Summa Theologiae* (1265-1273) del Ángel de las Escuelas o *Summa Theologica* se distingue escrupulosamente entre la caridad (que en última instancia estaría movida por un afán de comunicación con Dios) y la liberalidad clásica. La primera (tan inequívocamente cristiana), no es sino fruto del afecto a Dios. Hasta tal punto lo es, que, si cuando se practica una conducta de favor hacia alguien, la misma no se realiza o bien por amor a Dios, o bien por establecer una comunicación con Dios, se está ejercitando no un acto de caridad, sino un acto de liberalidad, esto es, estaríamos propiamente ante una forma de practicar la «liberalitas» clásica¹⁰⁷⁰. En el volumen *Vocabulaire philosophique* (*Vocabulario filosófico*, Paris, 1901)¹⁰⁷¹ del profesor de filosofía de la Universidad de Lyon Edmond Goblot (1858-1935) se propone diferenciar los deberes de justicia y los deberes de caridad, pero no por considerar que sólo los primeros tienen condición imperativa y que los segundos sean, en cierto modo, facultativos. La diferencia radicaría más bien en que los deberes de caridad son deberes a los que no corresponde en el prójimo correlativamente unos derechos exigibles. Se trata de deberes tan obligatorios pues como los de justicia, pero no son exigibles, y el agente sólo está obligado a cumplir con su mandato por consideraciones de conciencia.

Bien cierto es que la realización de este tipo de actividades asistenciales, cuando esta tiene como actor al Estado o a las distintas administraciones, origina lo que se dio en identificar como «el servicio administrativo de la beneficencia»..., o «el servicio de auxilio o socorro gratuito al indigente o necesitado», cuyo fundamento, o justificación, a principios del siglo XX se ponía en duda por parte de la doctrina, e incluso en algunos tratadistas llegaba a rechazarse de un modo más o menos abierto¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁹ ALASDAIR MCINTYRE, *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, trad. cast. de Beatriz Martínez de Morgia, Ed. Paidós, Barcelona, 2001.

¹⁰⁷⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO (1224/1225-1274), *Summa Theol*, IIa IIae, qu. 23, a. 1; ID., *Summa Theol*, IIa IIae, qu. 117-119.

¹⁰⁷¹ EDMOND GOBLOT, *El vocabulario filosófico*, trad. cast. de Francisco Susanna, Editorial Apolo, Barcelona, 1933, pág. 97 (se trata de una trad. a nuestra lengua de la sexta edición en lengua francesa, que corrige y aumenta las anteriores, fundamentalmente rectifica la primera publicada el año 1901). Vid. J. KERGOMARD, P. Salzi y F. Goblot, «Edmond Goblot (1858-1935), La vie, l'oeuvre, Paris, 1937.

¹⁰⁷² PEDRO CARRASA SOTO, *El sistema hospitalario español en el siglo XIX. De la asistencia benéfica al modelo sanitario actual*, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Salamanca-Universidad de Valladolid, Valladolid, 1985; JOSÉ-MARÍA LÓPEZ PIÑERO, *Conciencia y enfermedad en el siglo XIX*, Ediciones Península, Barcelona, 1985.

Bastaría con traer aquí el testimonio de lo que al respecto se decía en la «Enciclopedia Jurídica Española» por antonomasia, a principios del siglo XX: «Dicen unos que es inútil, porque sea cual fuere su organización, no evitara la existencia de indigentes y necesitados en la tierra; exponen otros que es perjudicial, porque perpetua la indigencia y la miseria, ya que la seguridad del socorro impide que el pobre sienta estímulos para salir de su condición; y llegan algunos a calificarlo de injusto, porque protegiendo a débiles, enfermos y anormales, dificulta o contraría la ley de la evolución en la especie humana. En el orden puramente teórico, no convencen dichas impugnaciones. Procede observar, en primer término, que basta para justificar el servicio benéfico que disminuya la miseria y pobreza, aunque no la extinga; que sólo puede fomentar la pobreza una beneficencia mal organizada; que todo hombre, por serlo, tiene un fin personal y propio, y ni la ley general de la evolución, ni la particular de selección natural, exigen que el hombre se cruce de brazos ante ellas: y procede observar después, que si la beneficencia debe practicarse por los hombres en el orden privado, no hay repugnancia alguna en que la puedan practicar a través del Estado y demás organismos de Derecho público, ya que una pobreza engendradora total o parcialmente por causas sociales, debe ser remediada socialmente. En cuanto al orden práctico, se estrellan las impugnaciones ante el hecho de estar organizado el servicio benéfico en todo país civilizado, con la particularidad de que, a medida que se ensancha la civilización se extiende el servicio... Supuesta la legitimidad de la beneficencia, se ha discutido la extensión con que debe ser atendida por el Estado. Nadie disiente en que debe tener carácter supletorio; esto es, que reconociendo la beneficencia como virtud o como deber de los particulares, sólo debe llegar la del Estado a donde la iniciativa particular no alcance; si la beneficencia particular atendiera todas las necesidades, resultara injustificada la oficial y pública. Tampoco se ha puesto en duda que debe ser socorrido todo el que por edad (niño o anciano) o por enfermedad (accidental o permanente) no puede atender a su subsistencia; en cambio, se suscita grave cuestión acerca del socorro del pobre válido, porque si se niega totalmente el auxilio puede haber casos de miseria involuntaria que lo reclaman, y si se concede sin restricción alguna, se desnaturaliza en muchos otros la obra benéfica; cuestión que es insoluble en rigurosa teoría, por su carácter relativo y circunstancial, y que sólo puede resolverse en la práctica, con el auxilio temporal del pobre válido, una vez acreditado que lo es en realidad. También han surgido disparidad de opiniones acerca de si la beneficencia es un deber para el Estado, concediendo al pobre verdadero derecho a reclamar el socorro, o es mera facultad que no impone la obligación del socorro sino en cuanto el propio Estado lo juzgue procedente; habiendo triunfado la segunda opinión en la práctica, pues, aun en aquellos países

que consideran la beneficencia como un deber, o no se fija sanción para su incumplimiento, o se deja la determinación al libre arbitrio de la autoridad administrativa. Por último; común es la opinión de que la beneficencia debe atender todas las necesidades de los pobres, las intelectuales, las morales y las materiales, si bien predominan las últimas»¹⁰⁷³.

El texto recogido entiendo que expresa, con una excepcional fidelidad las convicciones existentes, esto es, los recelos, cautelas y prevenciones, en el momento de la redacción de la referida voz de la Enciclopedia, esto es, principios del siglo XX. Momento en el que, las todavía precarias prestaciones sanitarias a pobres e indigentes, constituían una de las más destacadas ocupaciones de la Beneficencia pública¹⁰⁷⁴, a través de la organización asistencial de titularidad gubernativa laica.

Todo parece apuntar a que la frecuentación de las prácticas de asistencia y de acogimiento, el servicio benéfico o la acción benefactora pública o privada, como remedio de necesidades y carencias, contaba de hecho con antecedentes muy remotos, disponiéndose de testimonios que nos documentan acerca del desarrollo de tales actividades en la Antigüedad Clási-

¹⁰⁷³ CHARLES T. CLOTFELTER (editor), *Who benefits from the non profit sector?*, University of Chicago Press, Chicago, 1992; CRISTÓBAL FERRIZ SICILIA, «Filantropía, caridad y beneficencia: legislación de España sobre establecimientos públicos y particulares de beneficencia», Discurso leído ante el Claustro de la Universidad Central, Imprenta de Tejado, a cargo de R. Ludería, Madrid, 1865; JOSEPH RIVET, *Les oeuvres de charité et les établissements d'enseignement libre de 1789 à 1945: histoire, régime juridique actuel, réalisations Lyonnaises*, Missions Africaines, Lyon, 1945; J. SÁNCHEZ DIEZMA, voz «Beneficencia», de la *Enciclopedia Jurídica Española*, dirigida por LUIS MOUTÓN Y OCAMPO, LORENZO-MARÍA ALIER Y CASI, ENRIQUE OLIVER RODRÍGUEZ, JUAN TORRES BALLESTÉ *et alii*, Francisco Seix Editor, Barcelona, sin fecha, publicación autorizada por Real Orden de cuatro de junio de 1910, volumen cuarto y quinto refundidos, págs. 203-299, la cita en pág. 204; FERMÍN FERNÁNDEZ IGLESIAS, *La beneficencia en España*, Establecimientos tipográficos de Manuel Minuesa, Madrid, 1876; ROSALÍA GALLO, *Historia de la Beneficencia en el Buenos Aires Colonial*, Ed. Corregidor, Buenos Aires, 2002; ANTHONY JOHN RUSSELL-WOOL, *Fidalgos and philanthropists: the Sante Case der Misericorde of Bebiá, 1550-1755*, Macmillan, London, 1968; RAFAEL SOCIATS, *La indigencia en las ciudades y su mejoramiento por la beneficencia pública*, Imprenta de Manuel Alufre, Valencia, 1877; CARMELO VIÑAS MEY, «La obra social de la Iglesia», en *Ecclesia* (Madrid), núm. 339, 1998, págs. 9-10.

¹⁰⁷⁴ JUAN-LUIS BELTRÁN AGUIRRE, *El régimen jurídico de la acción social pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate (Guipúzcoa), 1992; JAIME ELOLA SOMOZA, *El sistema de protección de la salud en España*, Colección «Documentos de Trabajo», Fundación Empresa Pública, Madrid, 1995; RAMÓN MARTÍN MATEO, «La asistencia social como Servicio Público», en *Guía de actividades públicas asistenciales*, Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1967; LUIS-MARÍA DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «La legislación de beneficencia en España», en la *Legislación sobre instituciones de beneficencia particular*, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1987, vid. al respecto el volumen colectivo «Historia de la Acción Social Pública en España», editado por el Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social en Madrid el año 1997.

ca¹⁰⁷⁵, e incluso, si bien con matices, creo que es posible afirmar que podrían llegar a identificarse la realización de prácticas de esta naturaleza en otras culturas y civilizaciones anteriores en el tiempo a la griega y a la romana clásicas y con morales que comúnmente se suelen considerar más arcaicas¹⁰⁷⁶.

La institución de la asistencia médica regular a personas necesitadas, sin otro móvil determinante que la caridad por sí misma, ya se abordaba de forma abierta y expresa en numerosos textos de la Patrística, cuya inmensa obra confirma la creencia en que el ascenso del cristianismo habría sido el hecho más importante del final del período que conocemos como Historia antigua.

La institución encuentra su fundamento y apoya su exigibilidad, en el reconocimiento de la propia dignidad de la persona humana, y se refuerza de manera considerable, en el hecho de que el cristianismo estimuló la organización de comunidades con un elevado sentido de solidaridad entre los seres humanos y una altruista disposición de socorro para los necesitados. Así lo testimonian distintos relatos de los «Hechos de los Apóstoles» (IV. 32 y sigs.; V) en los que se documentan las actitudes de los primeros cristianos, y las censuras contra quienes eluden en todo o en parte esta obligación de caridad. La nobleza de su doctrina favoreció la expansión de la nueva religión, que propugnaba el reconocimiento mutuo de los distintos miembros de cada sociedad como personas¹⁰⁷⁷, con la correspondiente disposición a la benevolencia, así como en la consiguiente percepción de los naturales vínculos de interdependencia de cualquier ser humano con todos los demás miembros de la gran familia humana¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁵ GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, *El Epitome Hispánico*, Comillas, 1962, págs. 167-171.

¹⁰⁷⁶ BRUNO SNELL, *Die Entdeckung des Geistes: Studien zur Entstehung des europäischen Denkens bei den Griechen*, séptima edición, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1993, págs. 274 y sigs.; ID., *Las fuentes del pensamiento europeo: estudio sobre el descubrimiento de los valores espirituales de Occidente en la Antigua Grecia*, trad. cast., Colección «Formas del espíritu», Razón y Fe, Madrid, 1965; ID., *Gesammelten Schriften*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1966; ID., *The discovery of the mind. The Greek origins of European Thought*, trad. al inglés de T. G. Rosemeyer, Harper and Row, New York, 1960; H. VON GEISEAU, voz «Buzyges», en *Der kleine Pauly, Lexikon der Antike*, ed. de K. Zieyler y W. Sontheimer, Stuttgart-München, 1964-1975, vol. I.

¹⁰⁷⁷ JUAN PABLO II, *Carta Encíclica Sollicitudo Rei Socialis*, 1987, 39.

¹⁰⁷⁸ JOSÉ-TOMÁS RAGA GIL (n. 1938), «Solidaridad y subsidiariedad en la España de hoy», en JUAN-MARÍA LABOA, *Solidaridad y subsidiariedad en la sociedad española*, ob. cit., ed. cit., págs. 47-58, la cita en pág. 47; ID., «La función social de la Economía de Mercado», en *Comentario a la «Centessimus Annus»*, Acción Social Empresarial, Madrid, 1992; ID., «La necesaria solidaridad global ante la distribución de la riqueza», en *La responsabilidad social del empresario. Aportaciones a la doctrina social de la Iglesia*, Acción Social Empresarial, Madrid, 2002, págs. 101-136; ID., «Hacia una sociedad global y plural», «El papel de los cristianos», en *Globalización y solidaridad II: La inmigración, desafío cultural*, Comisión Diocesana de Justicia y Paz, Arzobispado de Valencia, Valencia, 2002, págs. 111-146.

A este respecto constituye un lugar común remitirse a la Carta a los Filipenses de San Policarpo (el único documento escrito llegado hasta nosotros de quien tanto contribuyó a la difusión del cristianismo como obispo de Esmirna, sufriendo tormento y muerte en su sede episcopal el año 155 de nuestra era), o a las Apologías de San Justino mártir (el primero en establecer lo más parecido a una escuela filosófica cristiana en Roma, tras haber pasado por una etapa en la que su pensamiento se identifica con las concepciones platónicas, y que vivió entre el año 100 y el 165 de nuestra era. San Justino al consignar su impresión acerca de los cambios morales e intelectuales que inevitablemente trae consigo la aceptación de la fe cristiana, destaca que con su compromiso con la nueva religión «entró en un mundo gobernado no por el miedo y la desconfianza, sino por el amor; un mundo en que se habían disipado las divisiones y los antagonismos de la sociedad secular, en el que no existía propiamente la distinción entre judíos o griegos, libres o siervos... con el efecto de un nuevo sentimiento de comunidad que encuentra su expresión en el servicio y la asistencia mutuas¹⁰⁷⁹), y al contundente y vigoroso «Apologetico», («Apologeticum» circa 170), defensa del cristianismo contra los paganos, dirigida a los gobernadores de las provincias romanas, el escrito más conocido del más antiguo escritor cristiano en latín que alcanzó un grado de dignidad literaria, el letrado, teólogo y escritor eclesiástico africano Quinto Septimio Florento Tertuliano (circa 160- circa 240, el creador de la lengua literaria cristiana, que da cuenta, entre otras circunstancias, de la regulación de las entregas de limosnas según normas definidas, que se confiaban al clero para sus «arcae» o cajas de limosnas¹⁰⁸⁰). Autores que recogen y glosan los textos de la Escritura sobre el tema, dotándolos de la correspondiente carnadura filosófica, pero eso sí, sin renunciar a un magisterio que se centra de manera especial en el campo de las decisiones prácticas.

En el despliegue de esta ambiciosa actividad asistencial, mediante la que el espíritu cristiano descubre posibilidades de amor, no estuvo ausente la fundación de hospitales, en cuyo ámbito se destaca comúnmente la obra

¹⁰⁷⁹ Palabras que nos traen inmediatamente al recuerdo la universalista «Epístola a los Gálatas» de San Pablo («Gálatas», 3,28-29), o los textos de su «Epístola a los Romanos» (Romanos, 9, 12-13); M. DIBELIUS y W. G. KRUMMEL, *Paulus*, Berlin, 1951; J. DUPONT, *Gnositi la connaissance religieuse dans les épîtres de Saint Paul*, Louvain, 1949; E. A. JUDGE, *The Social Pattern of the Christian Groups in the First Century*, London, 1960; J. MUNCK, *Paulus und die Heilgeschichte*, Kopenha, 1954; CHARLES NORRIS COCHRANE, *Cristianismo y cultura clásica*, traducción castellana de José Carner, del original en inglés, *Christianity and classical Culture*, 2.ª edición en inglés, revisada y corregida (1944), Fondo de Cultura Económica, México-Madrid, 1.ª reimpr. 1983, pág. 221; R. CALIMANI, *Paolo*, Ed. Mondadori, Milano, 1999, pág. 18; I. N. SEVENSTER, *Paul and Seneca*, Leiden, 1961.

¹⁰⁸⁰ TERTULIANO, *Apologeticum*, 39, I.

que al respecto realizara San Basilio, obispo de Cesárea (circa 329-circa 370, tan vinculado al desarrollo del movimiento monástico, que representaba al parecer, tanto un regreso al espíritu de la era preconstantiniana, como una protesta rigurosa frente a las corrientes de la Nueva República; se trata como es notorio de uno de los tres «Padres de Capadocia», junto con San Gregorio de Nanziano —a quien tantas veces se le invoca por su discurso acerca de la divinidad del Logos pronunciado a finales del verano del año 380¹⁰⁸¹— y su hermano San Gregorio de Nissa).

El Obispo de Cesárea estaba francamente abierto a la práctica de oficios y de ocupaciones que otros padres de la Iglesia habían desaconsejado o prohibido sin más, y en todo caso, nunca se negó a favorecer la lectura de los poetas de la Antigüedad clásica. En cualquier caso, San Basilio se ocupó, al menos en la Obra que ha llegado hasta nosotros, con preferencia de cuestiones de moral y de caridad social con vistas a labrar los elementos de una «moral de tipo específicamente cristiano»¹⁰⁸². Así, en su correspondencia con el médico Eustacio, manifestaba: «En tí la ciencia es ambidextra, y dilatas los términos de la filantropía no circunscribiendo a los cuerpos el beneficio del arte de la medicina, sino atendiendo también la curación de los espíritus» (Epist. 189, núm. 1), poniéndose a prueba así no solo la natural compasión ante el sufrimiento ajeno y la aceptación del imperativo del respeto, sino, por encima de cualquier otra consideración, la atención con amor a su alma.

Bien puede decirse con el maestro de la Historia de la Medicina y Rector (1951-1956) del Alma Mater Complutense, Pedro Laín Entralgo (1908-1991), que en el cristianismo primitivo se proveen las bases de un orden específicamente cristiano que se fundamenta en la «mutua caritas» o en la «fraternitas», y que se manifiesta en la asunción de los deberes caritativos con respecto a nuestros semejantes («oficia caritatis erga proximum») y en la entrega especial a aquellos que sufren enfermedad, del «don del amor de efusión» («ágape»). En las líneas finales de una contribución titulada «El cristianismo y la técnica médica» de Pedro Laín Entralgo a la *Antología de pensadores católicos contemporáneos* del profesor de la Universidad norteamericana de Notre Dame, A. Robert Capogrini, se recuerda que el precepto hipocrático «donde hay amor al hombre hay también amor al arte», cobró una «significación nueva y más alta cuando la philía helénica se convierte en ágape o caritas. Las caritas del médico cristiano consistirá, por lo pronto, en hacer suyas sin descanso todas las

¹⁰⁸¹ MICHEL MESLIN, «La personne», en RENÉ RÉMOND, *Les grandes inventions du christianisme*, ob. cit., ed. cit., pág. 52.

¹⁰⁸² CHARLES NORRIS COCHRANE, *Cristianismo y Cultura clásica*, op. cit., trad. cast. cit., reimpr. cit., págs. 336-337.

técnicas de diagnóstico y de terapéutica capaces de ayudar a sus pacientes, y en usarlas mirando al bien total y a la total perfección de estos»¹⁰⁸³.

Curar y asistir a los enfermos se consideraban modos de practicar la virtud: «summae humanitatis et magnae operativus est» (Lactancio, «Div. Inst», VI, 12); no en vano el escritor latino y apologista cristiano Lucio Cecilio —o quizás Celio— Firmiano Lactancio (245-325 de nuestra Era), en las «Institutiones divinae» («Instituciones divinas», en siete libros redactados entre los años 305 y 315, de los que posteriormente elaboró un epítome) llegó a atacar frontalmente el reproducido aserto de Zenón según el cual la piedad era una dolencia, porque estaba persuadido más bien por el contrario de que la piedad era la manifestación más fidedigna de la «humanitas» o de la «fraternitas», único sentimiento que impulsa la cooperación entre las personas. En idéntica línea de pensamiento, la medicina, que para el griego había sido una mera «téknē iatrikē» («ars medica»), llega a convertirse en práctica médica y en el discurso cristiano emergente en lo que se entiende como una auténtica «tekne agapetikē» («Ars caritativa») ¹⁰⁸⁴.

Sabido es que el Cristianismo no consiste únicamente ni se reduce, con ser mucho a una religión sino uno de los fundamentos de la cultura occidental, al par que el origen de muchos de los contenidos de la propia Filosofía, cuyo espíritu se haya dividido entre el judaísmo y Grecia: «he encontrado la fe bebiendo en las fuentes del Judaísmo, pero la racionalidad, el espíritu es sólo en Grecia donde los he buscado»¹⁰⁸⁵. Con el Cristia-

¹⁰⁸³ PEDRO LAÍN ENTRALGO, *El cristianismo y la técnica médica*, en la trad. cast. de la obra de ROBERT. A. CAPAOGRIINI, *Pensadores católicos contemporáneos*, en dos volúmenes, Ed. Grijalbo, Barcelona-México, 1964. La trad. a nuestra lengua del trabajo de Robert A. Capogrini se debió a Alfonso Álvarez Bolado, autor a su vez de la presentación (vol. I, págs. XIII-XVIII).

¹⁰⁸⁴ PEDRO LAÍN ENTRALGO, «La medicina en el cristianismo primitivo», en *Arbor. Revista General de Investigación y Cultura* (Consejo Superior de Investigaciones Científicas, septiembre-octubre, MCML, tomo XVII, núms. 57-58, págs. 1-26; ID., *Medicina e historia*, 1943; ID., *Estudio de historia de la medicina y antropología médica*, 1943; ID., *Mysterium doloris*, Madrid, 1955; ID., *Enfermedad y pecado*, Ed. Toray, Barcelona, 1961; ID., *La relación médico-enfermo: Historia y teoría*, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1964; ID., *Antropología médica para clínicos*, Madrid, 1984; ID., *El cuerpo humano. Teoría actual*, Madrid, 1989; ID., *Cuerpo y alma*, Espasa-Calpe, Madrid, 1991; ID., *Creer, esperar, amar*, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectura, Barcelona, 1993; ID., *Alma, cuerpo y persona*, Galaxia-Gütemberg-Círculo de Lectores, Barcelona, 1995; ID., *La espera y la esperanza*, segunda edición, Alianza Editorial, Madrid, 1984 (la primera edición apareció publicada el año 1956 por la Editorial Revista de Occidente); ID., *La empresa de ser hombre*, Editorial Taurus, Madrid, 1958; ID., *Sobre la amistad*, Espasa-Calpe, Madrid, 1985; J. RIVIÈRE, *San Basilio, obispo de Cesárea*, trad. cast. de N. González Ruiz, Madrid, sin fecha; L. VISCHER, *Basilius der Grosse*, Basel, 1953.

¹⁰⁸⁵ MARTA TAFALLA, «La razón anamnética», en ID., *Theodor W. Adorno. Una Filosofía de la Memoria*, op. cit., ed. cit., págs. 202-204.

nismo la compasión dejó de valorarse como una muestra de debilidad, pasando a ser considerada como una forma de caridad, estimando a su vez que a la entrega periódica de limosnas a los necesitados, debiera atribuírsele la consideración de obligación estricta en virtud del deber de comunicación de bienes —comunidad de bienes realizada de forma sistemática por los primeros fieles («Act. Apóst», IV, 32, 34-35)— con el prójimo necesitado.

La pobreza pierde así, al menos en parte, el significado descalificante que en muchos medios se le venía atribuyendo, deja de ser entendida como una muestra y a la vez como una de las causas más determinantes de oprobio, y pasa a constituirse en uno de los signos de bienaventuranza, cuya dignidad fue proclamada por el mismísimo Jesucristo con su predicación de las Bienaventuranzas y exhortaciones en el Sermón de la Montaña —en el que se dirigió con preferencia a los humildes, a los pobres y angustiados, a los privados de derechos, que sufren y están necesitados de ayuda—, no en vano en el evangelio de San Lucas se le presenta como el Redentor de los pobres, cada uno de los cuales es «otro Cristo».

En los concilios nacionales españoles, desde el primero del que nos han llegado las actas, de Eleliru (292-314) si bien no fue el primer concilio disciplinar¹⁰⁸⁶, se dedicó especial atención al tratamiento del remedio de los pobres y menesterosos necesitados —conforme a la ética y las prácticas morales de la ayuda al prójimo o la «cusebeía» que determinó una asistencia médica igualitaria al menos en las comunidades cristianas primitivas—, y se dictaron una serie de disposiciones sobre las limosnas y ayudas a los menesterosos, y del remedio de los pobres. Así se procedió en el III Concilio de Toledo (589), en el III Concilio de Mérida (el único de los tres que al parecer se celebró en Mérida, cuyas actas han llegado hasta nosotros, y en el que se regulan los colectivos dominicanos para culto, clero y atención a los pobres, 666), en el Concilio de Coyanza (Concilio más de restauración que de reforma¹⁰⁸⁷, 1055).

En la época carolingia el contrapunto del pobre («pauper») no es, como pudiera eminentemente creerse, el rico, sino el poderoso («potens»). La legislación imperial carolingia al respecto, tanto la de Carlomagno (742-814) como la de su tercer hijo y sucesor a su muerte Ludovico Pío (778-840) se propuso establecer formas efectivas de protección de los pobres, entendiendo por pobres a quienes carecen de poder y no poseen medios para defenderse frente al abuso o la fuerza de los poderosos.

En los llamados Concilios de Paz que se desarrollaron entre los siglos X y XI uno de los objetivos que ocuparon gran parte de los debates, consis-

¹⁰⁸⁶ GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, *El Epítome Hispánico*, Comillas, 1962, págs. 167-171.

¹⁰⁸⁷ ALFONSO GARCÍA-GALLO Y DE DIEGO (1911-1993), *El Concilio de Coyanza*, 1950.

tió en favorecer la protección de los pobres, hombres libres a los que la enfermedad, la muerte de sus padres o familiares, o la ruina económica sin más habían llevado a una situación de desamparo. Los predicadores hablaban entonces de la miseria, e invitaban a los fieles a la práctica de la Justicia y las obras de caridad, a fin de reparar los males existentes.

Sabido es que incluso había quienes tenían la condición de pobres por elección; esto es, quienes habían hecho voluntariamente de la pobreza una determinada forma de vida, atendiendo a motivaciones de naturaleza estrictamente religiosa o moral. Para éstos la pobreza se convertía en la asunción de un deber, o en la práctica de una virtud que se proclamaba emuladora de la primitiva tradición cristiana y cuya idea-fuerza encontraba su expresión literal en las palabras de Jesús al joven rico, mediante las que se manifestaba un harto celebrado consejo evangélico: «Si quieres ser perfecto, vende lo que posees, dáselo a los pobres y tendrás un tesoro en los cielos, después ven y sígueme» (Mt. XIX, 21). Entre quienes tenían la condición de pobres por elección estarían además, los peregrinos, penitentes, eremitas, religiosos que se acogen a una regla que se identifica con la pobreza, y en no pocas ocasiones hasta los mismísimos cruzados¹⁰⁸⁸. Grupo de individuos que se decide libremente por la total carencia de poder, y con ello, por el total abandono de su existencia en manos de Dios¹⁰⁸⁹.

En nuestro Derecho histórico¹⁰⁹⁰, en textos medievales del Derecho

¹⁰⁸⁸ JACQUES PAUL, «La pobreza», en ID., *Historia Intelectual del Occidente Medieval*, trad. cast. de Dolores Mascarell, del original en lengua francesa *Histoire intellectuelle de l'Occident médiéval* (Armand Colin, éditeur, Paris, 1998), Ediciones Cátedra, Grupo Editorial Anaya, SA, Madrid, 2003, págs. 216-220, la cita en págs. 216-217; E. WERNER, *Paupers christi*, Leipzig, 1956.

¹⁰⁸⁹ BERNHARD WELTE, «Proyecto de síntesis teológicas», en ID., *Esencia y recto uso del poder*, ob. cit., trad. cast. cit., ed. cit., págs. 53-61, la cita en págs. 59-60.

¹⁰⁹⁰ PILAR ALLEGUE AGUETI, «Elementos ilustrados en el pensamiento de Concepción Arenal», en *Anuario de la Facultad de Derecho de Orense*, Universidad de Vigo, 2002, págs. 15-88; JOSÉ COLL BOFILL, *La beneficencia pública y los sordos y sordo-mudos: influencia de la sordera sobre el desarrollo intelectual y sobre el lenguaje. Ensayo clínico-filosófico*, Facultad de Medicina de la Universidad Central de Madrid, 13 de noviembre de 1905; PEDRO CURASA SOTO, *Historia de la Beneficencia en Castilla y León: poder y pobreza en la sociedad castellana*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Colección «Estudios y Documentos», Valladolid, 1991; CONCEPCIÓN ARENAL DE GARCÍA CARRASCO, *La Beneficencia, la Filantropía y la Caridad*, Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Imprenta del Colegio de sordo-mudos y de ciegos, Madrid, 1861; ID., «La Beneficencia, la filantropía, la caridad» (1860), en ID., *Obras completas*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1895, tomo II; ID., *Artículos sobre beneficencia y prisiones*, cinco volúmenes, Madrid, 1900-1901; MARCELINO FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ, *La beneficencia pública y los hospicios*, Jaime Ratés, Madrid, 1923; L. PRUNEL, *L'Eglise et les pauvres*, Dict. Apolog. de la Foi Catholique. XVIII, Par. 1922, 1655-1735; ANTONIO RUMEU DE ARMAS, «La obra social de la Iglesia en España», en *Ecclesia* (Madrid), núm. 93,

Territorial castellano, escrito en lengua romance, pero cargados de diversísimos arcaísmos, se ofrece tal y como pusiera de manifiesto con la maestría que acompaña a toda su obra sobre el tema Ángel Ferrari Núñez, la más antigua visión conocida de las Behetrías. En dichos textos laten «los testimonios de la larga historia de su conformación desde que, organizada bajo la romanidad se adoptó en el Septentrion y el Occidente hispano, el extendido por todo el mundo antiguo Beneficium liberale, del que, sin duda, derivan su nombre y las esencias de su generosidad y satisfacción íntimas el Gaudium de los Estoicos y los primeros Cristianos, con que se practicara entonces la más universal y mínima, a la vez, hospitalidad... y del beneficium practicados entre sus monasterios y los lugares de su repoblación»¹⁰⁹¹.

Como es notorio existen puntuales menciones a institutos de beneficencia en los textos del Fuero Juzgo, o de *Las Siete Partidas* («Casas que son fechas para facer en ellas cosas y obras de piedad»), o en el Libro séptimo de la Novísima Recopilación, o en una serie de regulaciones dispersas de distintas juntas de caridad...¹⁰⁹².

Bien, se puede afirmar con Jaume Vicens Vives (1910-1960), una de las figuras cimeras de la historiografía española del siglo XX¹⁰⁹³, que durante la época de los Austrias la organización de la beneficencia social estuvo sustancial si no exclusivamente, confiada a la Iglesia y a las órdenes reli-

1942 y núm. 94, 1942; CARMELO VIÑES Y MEY, «La obra social de la Iglesia», en *Ecclesia* (Madrid), núm. 339, 1948.

¹⁰⁹¹ ÁNGEL FERRARI NÚÑEZ, «Beneficium y Behetrías», en *Boletín de la Real Academia de la Historia* (Madrid), Tomo CLIX, Cuaderno I, julio-septiembre 1966, págs. 11-88, la cita en pág. 11 (hay ed. separada); ID., «Las dos ciudades cristianas de San Juan Crisóstomo: Antioquía (Matt. Hom. 66) y Constantinopla (Act. Ap. Hom. 11)», en *Boletín de la Real Academia de la Historia* (Madrid), Tomo CLVIII, Cuaderno I, 1965, págs. 25-105; ID., «Castilla dividida en dominios según el Libro de las Behetrías», Discurso leído en la Real Academia de la Historia por Ángel Ferrari Núñez y Ramón Carande Thovar (1887-1996), el día veinticinco de mayo de 1958, Ograma, Madrid, 1958; ID., *Medievalismo y Teología*, Opus Miraculum Orbis, Madrid, 1945; vid. *Estudios dedicados al profesor de Angel Ferrari Núñez*, coordinados por Miguel-Angel Ladero Quesada, dos volúmenes, Universidad Complutense, Madrid, 1984.

¹⁰⁹² MONTSERRAT CARBONELL I ESTDLER, *Sobreviure a Barcelona: dones, pobresa; assistència al segle XVIII*, Eumo, Vic (Barcelona), 1997; ID., «Pobreza e estratègies de supervivència a Barcelona a la segon meitat del s. XVIII; les acollides a la Casa de Misericòrdia i el Mont d'Espèranza», en *Revista General de Investigació y Cultura* (Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid), núm. 255, marzo de 1957, págs. 37-56.

¹⁰⁹³ MIGUEL BATLLORI, «La doble lección de Jaime Vicens Vives, 1910-1960», en *Razón y Fe* (Madrid), 162, 1960, págs. 261-272; JUAN MERCADER RIBA, «Jaime Vicens Vives: una obra histórica», en *Arbor. Revista General de Investigación y Cultura* (Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid), núm. 255, marzo de 1957, págs. 37-56.

giosas. «Los pobres siempre los tendréis con vosotros» que dijeran las Sagradas Escrituras¹⁰⁹⁴ y recordara la sabiduría práctica de los tiempos. Sólo a partir del siglo XVIII se empieza a pensar en dar forma a una estructura plenamente laica que se ocupe de atender la gestión de la beneficencia y de la asistencia social¹⁰⁹⁵.

En el curso del reinado (1759-1788) del mayor de los hijos de Felipe V y de su segunda esposa Isabel de Farnesio con el título de Carlos III¹⁰⁹⁶ —quien con anterioridad, cuando en el período de veinticinco años (1734-1759) en que reinó en Nápoles con el nombre de Carlos VII, había fundado el «Reale Albergo dei Poveri»— se estableció en España mediante Decreto de treinta de septiembre de 1763, con carácter benéfico, limitada inicialmente a Madrid, la Lotería nacional, que dedicaba parte importante de sus ingresos a la atención y remedio de los niños y huérfanos necesitados¹⁰⁹⁷. Se despliega así, por el monarca que representó en España la máxima expresión del pensamiento ilustrado, además de una valoración positiva del trabajo, con la proclamación legal del carácter honroso del mismo y la revaloración de todos los trabajos (Ley 8, título XXIII, libro VIII de la Novísima Recopilación¹⁰⁹⁸), una importante acción a favor de los pobres y desvalidos.

Si bien se mantuvo la diferencia entre el trato que debía darse a los menesterosos legítimos, a quienes se consideraba acreedores del auxilio y la acción benefactora, y el que se entendía adecuado para los menesterosos ilegítimos, que practicaban distintas formas de vagabundaje y cuya mendicidad era objeto de persecución y represión por parte de las autoridades, se asumía a costa del Real Erario el primer recogimiento de mendigos para su diagnóstico, clasificación y derivación, provisión de atenciones educati-

¹⁰⁹⁴ FRANCISCO-JAVIER GOROSQUIETA SJ, *Ética del desarrollo económico*, Compañía Bibliográfica Española, Madrid, 1969, pág. 50.

¹⁰⁹⁵ JAUME VICENS VIVES en colaboración con JORDI NADAL OLLER, *Historia económica de España*, Vicens Vives, octava edición, 1971, pág. 456; ID., *Apuntes de historia económica de España*, dos volúmenes, Editorial Teide, Barcelona, 1956.

¹⁰⁹⁶ GONZALO ANES, *El siglo de las Luces*, volumen IV de «Historia de España de Alfaguara», dirigida por Miguel Artola Gallego, primera reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 1996; MIGUEL ARTOLA GALLEGO (guion y dirección), *Carlos III (Video)*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1988.

¹⁰⁹⁷ A. BALBÍN Y UNQUERA, *Reseña histórica y teórica de la Beneficencia*, Madrid, 1862; F. HERNÁNDEZ IGLESIAS, *La Beneficencia en España*, dos volúmenes, Madrid, 1876; G. NEYRON, *Histoire de la Charité*, París, 1927; SILVERIO DE SANTA TERESA, *El precepto del amor. Estudio histórico-crítico de la caridad cristiana y de sus relaciones con lo legal y la filantropía*, Burgos, 1913.

¹⁰⁹⁸ MANUEL TABOADA ROCA, CONDE DE BORRAJEIROS, «Los antiguos poderes del Estado y su desaparición», en *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Anales* (Madrid), número 26, 1996, págs. 67-98, la cita en pág. 95.

vas y de capacitación para los hijos menores de estos, atribución de destinos en «ocupaciones útiles» (se entendía por tales la prestación de servicios en guerra) y para los trabajadores en paro y los enfermos¹⁰⁹⁹ en tanto recuperasen la ocupación y la salud. Política centrada de manera primordial en la corte y en los Reales Sitios, y que dio lugar a la creación en Madrid, que terminaría haciéndose extensiva a otras diócesis, de las diputaciones de barrio.

Cuando se produjo la aprobación del «Real Decreto de Extrañamiento» preparado en secreto desde semanas antes por decisión de Carlos III y sus consejeros, y se llevó a cabo en la noche del dos al tres de abril de 1767 la expulsión de España de los jesuitas, que sería seguida por su disolución y supresión canónica de la Orden mediante el breve «Dominus de Redemptori» de supresión formal por Clemente XIV —Giovanni: Vincenzo Ganganelli (1705-1774, que ocupó el solio pontificio de 1768 a 1774)— el veintiuno de julio de 1773, algunos de los bienes de la Compañía de Jesús incautados se dedicaban a fines sociales gestionados por el Estado, si bien la mayor parte pasó a engrosar las propiedades y bienes del episcopado, y sirvió para pagar una asignación vitalicia a los expulsados¹¹⁰⁰.

La Constitución liberal de 1812¹¹⁰¹ abordó la fijación de las bases de lo

¹⁰⁹⁹ LIDIA ANES FERNÁNDEZ, *Pobreza y beneficencia en Asturias en la segunda mitad del siglo XVIII*, Colección «Fuentes y estudios de historia de Asturias», Real Instituto de Estudios Asturianos, Oviedo, 2000; GLORIA-ANGELES FRANCO RUBIO, *Reformismo político y previsión social en la España Ilustrada: La situación de las mujeres entre la utopía y la realidad*, Institución Fernando El Católico, Zaragoza, 2000 [separata del volumen colectivo, JOSÉ-A. FERRER BENIMELLI (editor), *El conde de Aranda y su tiempo*, págs. 791-804]; ANDRÉS GARCÍA DE LONGORIA FLÓREZ, *Apuntes sobre el modo de ejercer la Beneficencia, proyecto de un banco general de beneficencia en España y arreglo de sus establecimientos piadosos*, Imprenta de Don Eusebio Aguado, Madrid, 1833; DUQUE DE HÍJAR, «Discurso la beneficencia pronunciada en el Real Academia el día dos de enero de 1802, a consecuencia de lo mandado por SM», Imprenta Real, Madrid, 1802.

¹¹⁰⁰ ENRIQUE GIMÉNEZ LÓPEZ (coordinador), *Y en el tercero perecerá. Gloria y caída y exilio de los jesuitas españoles en el siglo XVIII*, Estudios en homenaje al Padre Miguel Batro i Munsé, Universidad de Alicante, Alicante, 2002.

¹¹⁰¹ MIGUEL ARTOLA GALLEGO, MANUEL MORÁN ORTÍ et alii, *Las Cortes de Cádiz*, Colección «Ayer», Marcial Pons, Madrid, 1991; MIGUEL ARTOLA GALLEGO, *El modelo constitucional español del siglo XIX*, Serie Universitaria, Fundación Juan March, Madrid, 1979; ID., *Los afrancesados*, con «Prólogo» de Gregorio Marañón, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1953 (hay reediciones en Alianza Universidad, Madrid, 1989 y Ed. Turner, Madrid, 1976); ID., *Antiguo Régimen y revolución liberal*, Colección «Ariel Historia», Editorial Ariel, Madrid, 1978 (segunda edición, 1983); ID., *Los orígenes de la España contemporánea* (1959), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, segunda edición, dos volúmenes, 1975-1976; ID., *Partidos y programas políticos: 1808-1936*, Ed. Aguilar, dos tomos, Madrid, 1974 y 1975 (hay edición en Alianza Editorial, Madrid, 1991).

que pretendía ser un sistema general de beneficencia¹¹⁰², confiriendo en su articulado a los ayuntamientos el cuidado de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia (artículo 321), lo que no dejaba de representar un intento deliberado de sustituir las actuaciones de caridad practicadas en períodos anteriores, o de suplirlas, por un sistema público, si bien todavía muy rudimentario y escasamente desarrollado, de beneficencia (artículo 321.5 y 6).

No es difícil apreciar hasta que punto late en esta norma la argumentación del irlandés hispanizado Bernard Ward, desarrollada en su *Obra Pía: modo de remediar la miseria de la gente pobre de España* (1750), en la que se encuentra el germen de muchas de las modalidades que poco después serían contempladas en el «Memorial»¹¹⁰³ dedicado en el Pardo al monarca por José Moñino y Redondo, conde de Flondablanca (1728-1808), ya como ministro de Estado o primer ministro, en sustitución del genovés marqués de Grimaldi (1720-1786), el diecinueve de febrero de 1777, tras haber permanecido cinco años como embajador en Roma, y que condujo a prohibir de forma terminante (dieciséis de mayo de 1778) mendigar en Madrid, «señalándose quince días de plazo a los pobres forasteros para que se retiraran al pueblo de su naturaleza, o a la capital de su obispado, debiendo acogerse al hospicio los domiciliados en la capital», medida que pocos cumplieron de buen grado. En su *Obra Pía*, Bernardo Ward sostenía, al igual que lo hacen todos los novatores e ilustrados españoles, que no es posible seguir pensando «que la sola caridad puede remediar un mal (el de los pobres: ancianos y desvalidos, mendigos vagabundos y obreros privados de recursos y de trabajo)» con un alcance y unas dimensiones como las que ofrece la pobreza¹¹⁰⁴. Al configurar el

¹¹⁰² FRANCISCO GARCÍA MARTÍN, *Beneficencia pública en Toledo durante el régimen liberal decimonónico*, Concejalía del Área de Cultura, Ayuntamiento de Toledo, Toledo, 1988.

¹¹⁰³ Publicado en el tomo LIX, págs. 307-327 de la «Biblioteca de Autores Españoles».

¹¹⁰⁴ JOSÉ GASCÓN Y MARÍN, *Los planes de Seguridad Social. De la Beneficencia al Seguro*, Madrid, 1944; JEAN SARRAILH, *La España Ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*, trad. cast., Fondo de Cultura Económica, México, 1957, págs. 529-530; BERNARDO WARD, *Obra pía y eficaz modo para remediar la miseria de la gente pobre de España*, Imprenta Viuda de Jerónimo Conejos, Valencia, 1750; ID., *Obra pía y eficaz modo para remediar la miseria de la gente pobre de España*, Imprenta de Antonio Marín, Madrid, 1767; ID., *Proyecto económico en que se proponen varias providencias dirigidas a promover los intereses de España* (escrito en 1762), «Presentación» de José-Angel Sánchez Asiaín, «Consideraciones Preliminares» de Julio Caro Baroja (1914-1995), reproducción facsímil de la edición de Viuda de Ibarra, Joachim Ibarra, Impresor de Cámara de SM, Madrid, 1779, Colección «Clásicos del Pensamiento Económico Español», Banco de Bilbao, Madrid, 1986; ID., *Proyecto económico*, edición y estudio preliminar de Juan-Luis Castellano Castellano, Colección «Clásicos del Pensamiento Económico Español» (reproducción de la edición aparecida en Viuda de Ibarra, Madrid, 1787), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982.

nuevo régimen las Cortes gaditanas procedieron, mediante una serie de disposiciones dotadas de un sello, en ocasiones renovador, en ocasiones revolucionario¹¹⁰⁵, a la liquidación de los fundamentos económicos y jurídicos sobre los que se asentaba la sociedad estamental¹¹⁰⁶. En el ámbito de la beneficencia se acoge la política abolicionista propugnada por los ilustrados. En el entendimiento de que la regulación y la prohibición de la mendicidad, junto con la privación a la Iglesia de bastantes de sus recursos materiales, muchos de los cuales se dedicaban a actividades de indudable finalidad benéfica, lo que imposibilitó o redujo la realización de actividades asistenciales que tradicionalmente habría venido cubriendo —el tiempo había hecho que la Iglesia y la Beneficencia, según el *dictum* de Antonio Rumeu de Armas, términos sinónimos—, urgieron la necesidad de abordar el tratamiento de la beneficencia como servicio público.

Al concluir la sesión del once de enero de 1812, en la que se procedió a la discusión de la norma que contenía el Proyecto de Constitución, tenía la condición de artículo 319, el diputado gallego José Alonso y López, tras sugerir que «del mismo modo que se encarga a los ayuntamientos el cuidado de los establecimientos de educación, de beneficencia, y de comodidad, así debe encargárseles también directamente el cuidado de la humanidad paciente y desvalida, porque siendo el objeto de toda buena Constitución política procurar la felicidad social del Estado, no puede desatenderse el discreto legislador de la necesidad de recomendar los hombres a la beneficencia y protección de los hombres, mediante a que conociendo cuán triste es a veces su suerte, no puedo dejar de repetir con el comediógrafo latino Terencio (Publius Terentius Afer, *circa* 193 o 183-159 a. J. C.) el más célebre de sus muchos asertos: «humani a me nihil alienum puto», porque «homo sum»¹¹⁰⁷, se insiste en que «esta recomendación

¹¹⁰⁵ LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, segunda edición, 1964.

¹¹⁰⁶ ALICIA FIESTAS LOZA, *Los delitos políticos (1808-1836)*, Gráficas Cervantes, SA, Salamanca, 1977, pág. 51.

¹¹⁰⁷ Diario de Sesiones, día 11 de enero de 1912, pág. 2603. En puridad esta frase que expresa el sentimiento de la solidaridad humana aparece literalmente en un pasaje de la obra de Terencio («Heautontimoroumenos», 77) en los siguientes términos, «Homo sum, humani nihil a me alienum puto» («Soy hombre, nada de lo que es humano lo considero ajeno a mí»). Tal y como destaca Víctor-José Herrera Llorente, en el curso de los años, se han ido produciendo glosas especialmente felices a este pasaje de Terencio, y entre ellas de manera especial, el texto del poeta Gerardo Diego (1896-1987): «Versos humanos, ¿por qué no?». Soy hombre/y nada humano debe serme ajeno./Pena, amor, amistad. Si hay quien se asombre, /si hay quien se escandalice, es que no es un hombre (*Diccionario de expresiones y frases latinas*, segunda edición, corregida y muy aumentada, Editorial Gredos, Madrid, 1985, pág. 163. En un Tratado atribuido a DUMARRAO, que toma por título *Le Philosophe*, cuya primera edición es de 1743, en las «Nouvelles Libertés de penser» se define

debe ser tanto más efectiva, y de un éxito tanto más favorable, cuanto más cerca estén los hombres de aquellos necesitados que la procuran; y así los individuos que compongan los ayuntamientos deben ser y declararse inmediatamente protectores natos del pobre, del vejado y del desvalido, con encargos especiales en la Constitución para que así sea público»¹¹⁰⁸.

En todo caso nunca dejó de jugar de manera evidente, y de un modo decisivo, a favor de la asunción de competencias en materia de Beneficencia por parte de los municipios, aparte ya de la tradición existente sin solución de continuidad, el hecho de que el modelo de Estado constitucional que se había diseñado en Cádiz por los constituyentes, al decir de Alfredo Gallego, era el característico más bien de un Estado unitario, descentralizado en las provincias, y con una fuerte descentralización en los Ayuntamientos.

A las Diputaciones provinciales se les atribuían precisas competencias de control y vigilancia sobre las actividades propias de beneficencia realizadas por los distintos Ayuntamientos, y se les asignaba además el derecho de iniciativa en orden a elevar al Gobierno proyectos de medidas reguladoras de la Institución (artículos 335 y sigs. y 336.8).

Se venía a reiterar, ciertamente que con un alcance y una legitimidad en gran parte diferente, la disposición del canon quinto del Segundo Concilio de Tours (567), en el que, como es sabido, se establecieron contribuciones obligatorias en forma de diezmos: «que cada ciudad se ocupe de sus pobres». Regla que en España se materializó con el funcionamiento, ciertamente que desigual, de las juntas de caridad de las fundaciones benéficas a lo largo de todo el siglo XIX. Juntas de caridad a las que se les atribuyó la labor desarrollada en el pasado, esto es, en el Antiguo Régimen, por las antiguas cofradías y hermandades con fines asistenciales.

Pero lo cierto es que la falta de rentas con las que se pudiera atender debidamente tales servicios terminaría provocando que tuviesen que destinarse hasta un diez por ciento del presupuesto afectado al cuidado y construcción de caminos, a fin de atender a los enfermos y asilados.

La difícil situación existente exigió —tras el movimiento liberal triunfante en marzo de 1820 que restablece la vigencia de la Constitución de

al hombre de la Ilustración por este sentido de la solidaridad, personalizando al filósofo lleno de humanidad en el Cremes de Terencio (vid. MICHEL DELON, voz «Moral», en VINCENZO FERRONE y DANIEL ROCHE (editores), *Diccionario histórico de la Ilustración*, trad. cast. de José-Luis Gil Aristu, Alianza Editorial, Madrid, 1998, págs. 41-47, la cita en pág. 41.

¹¹⁰⁸ *Diario de Sesiones*, día 11 de enero de 1912, pág. 2603. Vid. MIGUEL ARTOLA (editor), *Las Cortes de Cádiz*, Marcial Pons, Madrid, 2003 [reedición del primer volumen (1991), de la revista *Ayer* de la Asociación de Historiadores Contemporáneos y el volumen monográfico del *Anuario de Historia del Derecho Español* (Ministerio de Justicia, Madrid) de 1995 dirigido por Francisco Tomás y Valiente dedicado a las Cortes de Cádiz].

Cádiz— cuando Fernando VII (1784-1833) hace su mendaz profesión de fe liberal y exhorta a los españoles a seguir su ejemplo, marchando francamente «por la senda constitucional»¹¹⁰⁹, y por obra de la iniciativa que había apuntado con anterioridad el primer titular de la cartera de Hacienda durante el Trienio liberal José Canga Argüelles y Cifuentes (1770-1843, que al decir de Fabián Estapé «ha pasado a la historia del liberalismo español como un Moisés que hubiera renunciado voluntaria y vergonzantemente a la Tierra Prometida») la oportuna creación de Juntas de beneficencia de ámbito provincial y municipal, así como la aprobación de la Ley de Beneficencia de veintitrés de enero de 1822. Disposición que a veces aparece citada a título de Decreto de las Cortes de veintiuno de diciembre de 1821, con referencia, en este caso, a la fecha de su aprobación en sede parlamentaria¹¹¹⁰.

Ley que venía a desarrollar el artículo 321 de la Constitución de 1812, y mediante la que se regulan los establecimientos y servicios de beneficencia (casas de maternidad, casas de socorro, socorros domiciliarios, hospitales públicos y hospitalidad domiciliaria) y en la que se traza todo un plan de beneficencia de cierta complejidad, sobre la base del ámbito de la autonomía de los Municipios y de las provincias, procediendo a establecer en cada Ayuntamiento la correspondiente Junta Municipal de beneficencia, bajo cuya dirección, cuidado y vigilancia debían estar los distintos establecimientos existentes.

Ley que, en la lectura de la mayor parte de los historiadores, fue más allá del mero recelo frente a la iniciativa privada y las «manos muertas» y supuso un ataque frontal a la beneficencia privada o particular.

Medida, eso sí, que, al igual que todas las disposiciones del Trienio liberal —período en el que el país vivió una experiencia revolucionaria sin concesiones, y en el que la aplicación de los principios liberales provocó la desaparición total de cualquier tipo de institución, privilegio o práctica del Antiguo Régimen¹¹¹¹— sería derogada el año siguiente, en el momento en que recuperaran la fuerza los absolutistas legitimistas¹¹¹², se restablece en

¹¹⁰⁹ Manifiesto del Rey Fernando, de 10 de mayo de 1820.

¹¹¹⁰ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, «Estudio Previo», en RAFAEL DE LORENZO GARCÍA, MIGUEL-ÁNGEL CABRA DE LUNA, JORGE CAFFARENA *et alii*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Colección Solidaridad, Fundación Once-Escuela Libre Editorial-Marcial Pons, Madrid, volumen I, págs. XI-XLVIII, págs. XVII.

¹¹¹¹ MIGUEL ARTOLA GALLEGO, «El Trienio liberal. 1820-1823», en ID., *La Hacienda del siglo XIX. Progresistas y moderados*, Colección «Alianza Universidad», Alianza Editorial-Banco de España, Madrid, 1986, págs. 81-112, la cita en pág. 81; ID., *Historia de España Alfaguara*, vol. 5: «La burguesía revolucionaria», Col. Alianza Universidad, Alianza Editorial, primera reimpresión, Madrid, 1997.

¹¹¹² STEPHANE RIALS, *Le légitimisme*, Col. «Que sais-je?», Presses Universitaires de France, París, 1983.

el ejercicio del poder absoluto a Fernando VII, a la sombra de las armas del ejército expedicionario designado con el nombre de «Los cien mil hijos de San Luis» bajo el mando de Louis-Antoine de Bourbon, duque de Angulema (1775-1844), y se procede a abolir el régimen constitucional con un nuevo retorno del Antiguo Régimen¹¹¹³.

Tras la gestión como titular de Hacienda (1823-1832) de López Ballesteros, y la muerte de Fernando VII, al poco de iniciarse la regencia de «la reina gobernadora», María Cristina de Borbón (octubre de 1832-octubre de 1840), y dentro del Plan general de administración de 1833 debido al ministro de Fomento, se abordó la regulación tanto de la institución de la beneficencia, como de sus establecimientos y bienes, hasta que mediante un real decreto de ocho de septiembre de 1836 —con Alejandro Mon (1801-1882) en la cartera de Hacienda¹¹¹⁴— se procede a restablecer la vigencia de la Ley de 1822, efímera recuperación de vigencia puesto que en menos de dos años se presentó a las Cortes un nuevo proyecto de ley, y se optó por regular la institución a través de una serie de reales órdenes de circunstancia.

De tal manera que así, y dentro del marco más amplio de una serie de cambios institucionales fundamentales en orden a la construcción del Estado liberal, que pautaron el proceso de transición desde el Antiguo Régimen al sistema liberal (libertad de comercio, supresión de los gremios, libertad de industria, desamortización eclesiástica, supresión de los mayorazgos...), comenzaron a aparecer una retahíla de reales órdenes en las que se designaban comisiones investigadoras a las que se dotaba de una variada serie de competencias en la materia. Disposiciones preñadas de una decidida voluntad de control por parte del gobierno sobre los establecimientos benéficos, y en alguna circunstancia, más que control, de un abierto y declarado propósito de incautarse las fundaciones privadas.

En todo caso los cambios (auténticos bandazos) en la normativa de beneficencia reflejaban las sucesivas oscilaciones políticas y constitucionales.

¹¹¹³ MIGUEL ARTOLA GALLEGO, «La España de Fernando VII», tomo XXVII de la *Historia de España* dirigida por RAMÓN MENÉNDEZ PIDAL, «Prólogo» de Carlos Seco Serrano, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1968, pág. 615 (hay ediciones posteriores de 1978, 1983, 1989, 1996 y 1999); ÁNGEL OSSORIO Y GALLARDO, *Parlamento y Gobierno. Tres proyectos de ley*, Sociedad de Estudios Políticos y Económicos, Madrid, noviembre MCMXXX, pág. 6; GABRIEL TORTELLA, *Los orígenes del capitalismo en España*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, pág. 3.

¹¹¹⁴ MIGUEL ARTOLA GALLEGO y LUIS-MARÍA BILBAO (editores), *Estudios de Hacienda: de Ensenada a Mon*, Colección «Monografía», Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984; ID., *La Hacienda del Antiguo Régimen*, Alianza Universidad-Textos, Alianza Editorial, Madrid, 1982; ID., *La Hacienda del siglo XIX: progresistas y moderados*, Alianza Universidad, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

Durante la llamada «década moderada» que ocupa un arco de tiempo que va desde 1844 a 1854, y con la vigencia de la Constitución de 1845, a los fines de concluir con la provisionalidad existente al respecto, se abordó por el Senado la redacción, en la primavera de 1849, de una ambiciosa regulación general que concluiría por ser aprobada en el mes de junio del mismo año, durante «el Gobierno largo de Narváez» (octubre de 1847-enero de 1851)¹¹¹⁵.

La Ley General de Beneficencia de veinte de junio de 1849 (que la Exposición de Motivos de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, Ley de Fundaciones, denomina «vieja Ley general de beneficencia»), junto con su Reglamento de ejecución de catorce de mayo de 1852, constituyeron la normativa formalmente vigente hasta bien avanzado el último tercio del siglo XX¹¹¹⁶ en materia de «asistencia a indigentes».

Disposiciones mediante las que se trató de llenar el vacío que en la beneficencia pública habían abierto las leyes desvinculadoras de veintisiete de septiembre de 1820 (mediante la que, además de suprimirse todos los mayorazgos, fidecomisos, patronatos y cualquiera otra clase de vinculaciones de bienes raíces, se prohíbe «en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora» o por cualquier otro título o pretexto, «fundar mayorazgo, fidecomiso, patronato, capellanía, obra pía, ni vinculación alguna», y se privaba a todas «las manos muertas» de capacidad para adquirir en adelante muebles inmuebles, ni capitales de censo sobre tales bienes¹¹¹⁷) y de 1841¹¹¹⁸, en el ámbito de las fundaciones asistenciales o benéficas.

Ley y reglamento que atenúan las desconfianzas y el intervencionismo público hacia las fundaciones privadas o particulares, y en los que se contempla (artículo 1 de la Ley), una tipología en la que se diferenciaban dos

modalidades de establecimientos de beneficencia: los públicos y los privados (siendo estos últimos aquellos que cumplieren con el objeto de su fundación y «que se costeen exclusivamente con fondos propios, donados o legados por particulares, cuya dirección y administración esté confiada a corporaciones autorizadas por el Gobierno para este efecto, o a patrones designados por el fundador»). A su vez se distingue, dentro de la primera modalidad de establecimientos de beneficencia, hasta tres ámbitos de la misma: beneficencia general, beneficencia provincial y beneficencia municipal. Si bien todo parece confirmarnos que el protagonismo de la actividad pública benéfica venía atribuido, de manera indiscutida, a la administración local¹¹¹⁹. Mediante el artículo catorce de la Ley se determinaba cuales eran los bienes propios de los establecimientos de Beneficencia: «todos los que actualmente poseen, o a cuya posesión tengan derechos los establecimientos existentes, y los que en lo sucesivo adquieran con arreglo a las leyes».

A lo largo del sexenio revolucionario (1868-1874) —momento en el que la Monarquía constitucional de antaño terminaría su ciclo, y en el que se suceden, la Revolución de septiembre de 1868, que destronó a la reina Isabel II¹¹²⁰, la República federal y el período de agitación e inestabilidad que le siguió—, se procedería a abordar la regulación de la materia en los años 1873 y 1875 (dentro de la etapa conocida como período del Ministerio-Regencia), ateniéndose a una orientación que viene marcada por la tendencia a vincular estrechamente la beneficencia con el servicio administrativo, con vistas a que concluyese transformándose de forma progresiva en un servicio administrativo de tipo estatal; si bien aún compartía espacio con la beneficencia privada o particular, sobre la que, desde 1899 con el Decreto de 14 de marzo sobre «reorganización de servicios de la Beneficencia particulares», y en virtud de la oportuna Instrucción «para el ejercicio del protectorado del gobierno en la beneficencia particular» del gabinete Dato, de catorce de marzo de 1899, el Gobierno —a través del Ministerio de la Gobernación y la Dirección competente en la materia— ejerció el correspondiente protectorado a fin de favorecer el cumplimiento de la voluntad de los fundadores»¹¹²¹.

¹¹¹⁹ JOSÉ MARÍA DE EULATE MOREDA, «Filantropía, caridad y beneficencia: Legislación de España sobre establecimientos públicos y particulares de beneficencia», discurso leído en la Universidad Central, Tesis Doctoral, Imprenta de D. Antonio Yeses, Madrid, 1863.

¹¹²⁰ LUIS SÁNCHEZ AGESTA, «Orígenes, evolución y crisis del régimen constitucional», en MANUEL FRAGA IRIBARNE, JUAN VELARDE FUERTES y SALUSTIANO DEL CAMPO URBANO, *La España de los años setenta*, volumen III, «El Estado y la política», tomo I, ob. cit., ed. cit., págs. 35-91, la cita en pág. 76.

¹¹²¹ MIGUEL MARTÍNEZ CUADRADO, *La burguesía conservadora (1874-1931)*, volumen VI de *Historia de España Alfaguara*, dirigida por Miguel Artola Gallego, Colección

¹¹¹⁵ CONCEPCIÓN ARENAL DE PONTE (1820-1893), *La beneficencia, la filantropía y la caridad*, Madrid, 1861 (volumen II de la edición de sus *Obras Completas*, publicadas entre 1894 y 1924); ID., *Artículos sobre beneficencia y prisiones*, Madrid, 1961 (volúmenes XVIII, XIX, XX, XXI y XXII de *Obras Completas*); ID., *El pauperismo*, volúmenes XV y XVI de *Obras Completas*; JOSÉ LUIS COMELLAS, *Los moderados en el poder, 1844-1854*, Madrid, 1970; E. M.^a NANCLARES, *Legislación española de Beneficencia desde Isabel I la Católica hasta el año 1866, recopilada y anotada*, Madrid, 1869; PLUTARCO MARSÁ BANCELLS, *Actualidad permanente del pensamiento de Concepción Arenal*, «Colección F», Editorial Fragua, Madrid, 1983, págs. 22-24: «Pobreza» y 24-26: «Beneficencia»; J. POSADA HERRERA, *Beneficencia en público. Lecciones de Administración*, Madrid, 1845.

¹¹¹⁶ PEDRO CALDERÓN HERCE Y COLLANTES, *Filantropía, caridad y beneficencia: legislación de España sobre establecimientos públicos y particulares de Beneficencia*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Central de Madrid, Imprenta de D. Eusebio Aguado, Madrid, 1861.

¹¹¹⁷ Artículos 1.14.15 y 16.

¹¹¹⁸ BARTOLOMÉ CLAVERO SALVADOR, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Ed. Siglo XX, Madrid, segunda edición, 1989.

Los cambios sociales que se suceden en la Europa del siglo XIX concluyeron por influir de una manera determinante en las Instituciones Benéficas de la época, se procedió así a buscar nuevas formas de atajar el pauperismo y las necesidades reinantes del momento. Surgieron de este modo tímidas experiencias «de mutualismo patronal» —paternalista y benefactor— y de mutualismo obrero —de carácter solidario—; que culminarían en reformas fundamentales como las de Bismarck en la Alemania de 1881, surgiendo de esa forma el embrión de la Seguridad Social contributiva o profesional de nuestros días»¹¹²². En paralelo a la aparición de estas primeras fórmulas de una previsión social para trabajadores, surgió una asistencia social que se configuraba en orden a la prestación de un conjunto de ayudas públicas a individuos, grupos o comunidades, ayudas que eran entendidas como atenciones gratias.

Mediante el Decreto de catorce de marzo de 1899, del que gran parte de los analistas han destacado por su valor ilustrador la «Introducción» correspondiente, se constituyó la norma llamada a ser la pieza angular «del régimen jurídico público de las fundaciones asistenciales, puras y mixtas», tal y como llegara a reconocer con el tiempo, casi un siglo después, la Exposición de Motivos de la Ley de Fundaciones de 1994.

La beneficencia pública, que por Decreto de cinco de abril de 1974 se encontraba por completo integrada en el aparato del Estado, con la configuración del organismo autónomo INAS (Instituto Nacional de Asistencia Social), hoy ha sido plenamente sustituida por la acción pública, bajo la forma de una asistencia social externa al sistema de la Seguridad Social, y que no se encuentra integrada en éste sistema¹¹²³. La Ley 6/1982, de 20 de mayo, sobre servicios sociales de la Comunidad autónoma vasca, fue pionera en el conjunto del Estado a la hora de establecer una orientación que

Alianza Universidad, Alianza Editorial, octava edición, Madrid, 1983; ID., *Restauración y crisis de la monarquía (1874-1931)*, Alianza Editorial, Madrid, 1991.

¹¹²² PATROCINIO DE LAS HERAS PINILLA, «Los derechos constitucionales y la política social del Gobierno», en JUAN-MANUEL ALMARZA MEÑIQUA (editor-coordinador), *Bienestar social y desarrollo de los derechos sociales*, Jornada de Estudio y Planificación de la Acción Social, 27-30 de septiembre de 1989, Instituto Superior de Filosofía de Valladolid-Editorial San Esteban, Salamanca, 1991, págs. 27-33, la cita en pág. 27.

¹¹²³ JOSÉ GASCÓN Y MARÍN, *Los planes de Seguridad Social. De la Beneficencia al seguro*, Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1944; P. MARTÍNEZ BASELGA, *Sociología y Beneficencia*, Zaragoza, 1911; JOSÉ POSADA HERRERA, *Beneficencia pública. Lecciones de la Administración*, Madrid, 1845; ID., *Lecciones de administración...*, reproducción facsimilar de tomo IV de la ed. de Madrid, Imprenta de la Sociedad de Operaciones del mismo Arte, «Estudios sobre la beneficencia pública», Universidad de León, León, 1995; ID., *Veinticinco discursos y un prólogo*, «Estudio Preliminar» de Francisco Sosa Wagner, «Clásicos... del pensamiento político», Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1997.

luego ha sido secundada con amplitud por las restantes comunidades autónomas, en torno a la definición y límite de sus prestaciones, finalidad y objeto, no puede menos que reconocerse que trata de «acabar con la beneficencia»¹¹²⁴. Si bien en algunos borradores del proyecto de Constitución se mantenía la denominación beneficencia, e incluso en el último proyecto continuaba figurando el término, la aprobación de una enmienda al efecto hizo desaparecer la antigua denominación, perdiéndose la impronta de filantropía o de caridad y sus resonancias o connotaciones en ese sentido, desplazándose la justificación o fundamentación de esta actividad al sistema de valores del Estado social de Derecho, que confieren título suficiente a intervención de los poderes públicos y a la Administración prestacional¹¹²⁵.

Acción pública que se configura como un mecanismo de ayuda a situaciones específicas de necesidad, y cuyo sostenimiento se produce al margen de toda obligación contributiva, o de cualquier precisa colaboración o aportación económica de los destinatarios o beneficiarios de la prestación.

Además —y de acuerdo con la distribución vertical del poder público en tres niveles: estatal (títulos de la soberanía), autonómico (dotado de autonomía política) y local (provincias y municipios dotadas de autonomía administrativa de distinto ámbito)— configurada por la Constitución de 1978¹¹²⁶, que ofrece, como es sabido, un nuevo diseño constitucional de reparto territorial del poder político, lo que ha conducido a una «política estatal de descarga del Estado que se limita a sus funciones más centrales e irrenunciables, y traslada muchas funciones antes estatales a otros ámbitos espaciales inferiores mediante la descentralización, y a otros agentes sociales mediante un traslado horizontal de algunas de sus funciones»¹¹²⁷.

¹¹²⁴ ALBERTO FIGUEROA LARAUDOGOITIA, «La legislación social de las comunidades autónomas. Especial consideración del caso vasco», en GREGORIO CÁMARA VILLAR y JUAN CANO BUESO (editores y coordinadores), *Estudios sobre el Estado social...*, ob. cit., ed. cit., págs. 72-97, la cita en pág. 90; EFRAÍN BORRAJO DACRUZ, «Distribución de las competencias entre el poder central y los poderes territoriales en materia de Sanidad y Seguridad Social», en *Revista de Derecho Público*, 1980, núms. 80-81; LUCIÁN PAREJO ALFONSO, *Estado Social y Administración Pública*, Ed. Civitas, Madrid, 1983.

¹¹²⁵ MANUEL AZNAR LÓPEZ, «En torno a la Beneficencia y su régimen jurídico», en *Civitas*, núm. 92, 1994; MERLE CURTI, *La filantropía y la educación superior*, Limusa-Weley, México, 1967.

¹¹²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional español de 28 de julio de 1981; FRANCISCO SOSA WAGNER y PEDRO DE MIGUEL GARCÍA, *Las competencias de las corporaciones locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, pág. 9.

¹¹²⁷ JOAQUÍN ABELLÁN GARCÍA, «Los retos del multiculturalismo para la Edad Moderna», en PABLO BADILLO O'FARELL (coordinador), *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo*, Universidad Internacional de Andalucía-Akal Ediciones, Colección «Sociedad, Cultura y Educación», Tres Cantos (Madrid), 2003, págs. 13-32, la cita en pág. 29; CLAUS OFFE, «Die Staatstheorie auf der Suche nach ihrem Gegenstand», en *Jahrbuch zur Staats und Verwaltungswissenschaft*, 1, 1987, págs. 309-320.

— dicha actividad pública ha pasado a ser competencia exclusiva de las distintas Comunidades Autónomas (artículo 148.1.20 de la Constitución española), las cuales, en el ejercicio de sus atribuciones, han dictado sus correspondientes leyes reguladoras en materia de asistencia social y servicios sociales que abarca, según el artículo catorce de la Carta Social Europea los servicios que contribuyen a promover el bienestar y el desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad y su adaptación al entorno social—, con la sola salvedad de que en el artículo 25 de la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local, en desarrollo del mandato de la Constitución contenido en los artículos 148.1.2.^a y 149.1.18.^a, se atribuye a los municipios —en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas— competencia: «la prestación de los servicios sociales y de promoción y de reinserción social [art. 25.2.k)], debiendo los municipios con población superior a los veinte mil habitantes prestar por sí solos o asociados a otros municipios, «servicios sociales» [artículo 26.1.c)]¹¹²⁸.

VII.3. A partir de la Ley Reguladora del Seguro obligatorio de enfermedad, la actividad sanitaria pública, inicialmente centrada en la atención a las enfermedades de los trabajadores y familiares, va a hacerse extensiva a todos los ciudadanos. Momento en el que las prestaciones sanitarias públicas conocen un espectacular despliegue cualitativo y cuantitativo, hasta el punto de que a partir del año 1989 se asumen las prestaciones sanitarias a todas las personas que carecen de recursos económicos, y que por motivos personales o profesionales estaban al margen del mecanismo protector¹¹²⁹. Reflejo de la generalizada asunción de la idea de que

¹¹²⁸ ANGEL BALLESTEROS FERNÁNDEZ, LUISA PABLO BOURGON TÉNAO, JULIO CASTELAO RODRÍGUEZ y JUAN D'ANJOU GONZÁLEZ, *Ley Reguladora de las bases del régimen local. Concordancias y referencias*, Centro de Estudios Municipales y Cooperación Interprovincial de las Excelentísimas Diputaciones Provinciales de Almería, Granada, Jaén y Málaga, Granada, 1985, págs. 73-74; FERNANDO GARRIDO FALLA *et alii*, *Problemas fundamentales de Beneficencia y Asistencia Social*, Colección «Estudios», Secretaría General Técnica del Ministerio de Gobernación, Madrid, 1987; RAMÓN-ALBERTO PÉREZ MARTÍNEZ, *Metodología de la investigación científica. Aplicada a la salud pública*, Editorial Trillas, México, septiembre de 1991; GREGORIO RODRÍGUEZ CABRERO y DANIEL SOTELSEK SALEM, *Apuntes sobre bienestar social*, Colección «Economía», Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2002; FERNANDO SAINZ MORENO, «Fundaciones benéficas. Algunas consideraciones sobre intervención del fundador, en *Revista Española de Derecho Administrativo* (Madrid), núm. XXIII, 1979.

¹¹²⁹ JAVIER ELOLA SOMOZA, *El sistema de protección de la salud en España*, Colección «Documentos de Trabajo», Fundación Empresa Pública, Madrid, 1995; JUAN RIVERO LAMAS, «Protección de la salud y estado social de derecho», discurso de ingreso en la Real Academia de Medicina de Zaragoza, Contestación de Narciso L. Murillo Ferrol, Zaragoza, 2000.

el derecho a ser asistido en caso de enfermedad no se puede responder con la beneficencia, y es preciso ofrecer una asistencia médica colectivizada.

La creación del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social en 1977¹¹³⁰ (que pasaría a ser denominado Ministerio de Sanidad y Consumo el año 1981) y de la aprobación en 1978 de nuestra Constitución en la que se garantiza la asistencia pública y la protección de la salud de todos los ciudadanos, favoreció las demandas y reivindicaciones que en este ámbito procedían de la opinión pública, y supuso la asunción de una serie de compromisos irrenunciables por parte de las autoridades sanitarias del Estado: garantizar la igualdad sustancial de todos los españoles ante la salud, asegurar la equidad interterritorial, reconocer el derecho al acceso a los servicios sanitarios en comunidades autónomas distintas a la de la residencia propia, y la movilidad profesional.

Habría que esperar a la aprobación de la Ley General de Sanidad 14/1986, de veintinueve de abril, para que se alcance un reconocimiento expreso de la titularidad del derecho a la protección de la salud como el que contempla su artículo 1.2 que dispone que «son titulares de derecho a la protección de la salud y la atención sanitaria todos los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional».

Ley que transformaba el modelo anteriormente vigente de la Seguridad social en el nuevo modelo de un Sistema Nacional de Salud, que aprovechaba los recursos hasta entonces disponibles a los fines de garantizar la universalidad de la asistencia y la financiación preferentemente pública (a través de los impuestos), con el complemento de otras eventuales contribuciones a cargo de los pacientes. La propia Ley General de Sanidad en su artículo 44.1 prevé en orden a los fines que la norma contempla en desarrollo de la Constitución, la creación del referido Sistema Nacional de Salud¹¹³¹.

¹¹³⁰ LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA y RICARDO DE LORENZO Y MONTERO, *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario*, Editorial Colex, Madrid, 2001; JUAN PEMÁN GAVÍN, *Derecho a la salud y Administración Sanitaria*, volumen LIV de la Colección «Studia Albornotiana», Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia-Zaragoza, 1989; ID., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Colección «Monografías», Ed. Civitas, Madrid, 1992; DOLORES SERRAT MORÉ (coordinador), HUGHET RAMIA, BERNARD PÉREZ *et alii*, *Manual de normativa médica y sanitaria*, Editorial Colex, Madrid, 1998; JESÚS VICÉN, *El valor de la salud: una reflexión sociológica sobre la calidad de vida*, Colección «Sociología y política», Siglo Veintiuno de España Ed., Madrid, 1995.

¹¹³¹ MANUEL R. ALARCÓN CARACUEL y SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, cuarta edición, Biblioteca Universitaria, Editorial Tecnos, Madrid 1991, págs. 187-228; MANUEL ALONSO OLEA, *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Ediciones Civitas, Madrid, 1991; JOAQUÍN APARICIO TOVAS, *La seguridad social y la protección de la salud*, «Prólogo» de Manuel Alonso Olea, Colección «Monografías», Editorial

La aprobación de esta Ley General de Sanidad, junto con otras normas que hacen el papel de baterías de apoyo a las mismas y que configuran todo un conjunto de medidas de diverso rango normativo, han determinado cambios fundamentales en los patrones de salud de los españoles, y todos los estudios realizados al respecto han venido a corroborar el impresionante alcance de los avances logrados en España en lo que concierne a los distintos indicadores de salud. La sanidad pública ha concluido por ofrecer uno de los más importantes, amén de escasos, factores fundamentales de cohesión social de que disponemos en nuestra patria¹¹³².

VII.4. Por su parte, nuestros especialistas en Derecho del Trabajo y de la Seguridad social vienen aportando, mediante una serie importante en numero y calidad de artículos y monografías, contribuciones esclarecedoras en torno a la normativa y a la jurisprudencia (esta última de carácter múltiple, variada y hasta dispar) sobre el mundo de la «seguridad e higiene» en el trabajo, para cuyo abordaje doctrinal fue determinante la entrada en vigor de la Ley de prevención de riesgos laborales de ocho de noviembre de 1995, el copioso desarrollo normativo a que obligaba la propia Ley, y las modificaciones que ha experimentado la ley desde su entrada en vigor por obra de la Ley 50/1988 y de la Ley 39/1999.

Normativa que contiene preceptos de naturaleza pública, junto con preceptos de naturaleza privada, así como preceptos que comparten simultáneamente una doble naturaleza pública y privada. Normativa que tiene su soporte jurídico en el mandato constitucional dirigida al poder público a fin de que vele «por la seguridad e higiene en el trabajo» del artículo 40.2 de la Constitución y en la legislación (directivas) comunitaria al efecto. Norma inderogable por los sujetos del contrato de trabajo, y que otorga una protección que es irrenunciable para el trabajador¹¹³³.

Ley que implica la regulación heterónoma estatal de relaciones jurídicas entre sujetos privados, sustrayendo o condicionando el ejercicio de la autonomía privada en su ordenación, y que obliga a los poderes públicos a establecer los medios jurídicos adecuados para proteger esos intereses

Civitas, Madrid, 1989; ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO, *Seguridad Social y Protección Social: un enfoque conceptual*, Colección «Estudios y Ensayos», Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 2003.

¹¹³² JOSÉ-IGNACIO ECHÁNIZ, *La sanidad en el tercer entorno*, en Fundación Vodafone, «Sociedad de la información: Visiones», Ponencias y Seminarios, Fundación Vodafone 2000-2001, Fundación Vodafone, Madrid, 2000, págs. 139-158.

¹¹³³ J. ALFARO AGUILA-REAL, «Autonomía privada y derechos fundamentales», en *Anuario de Derecho Civil* (Madrid), 1993, I, págs. 65 y sigs., en particular págs. 93 y sigs.; LUIS PRIETO SANCHÍS, *Estudio sobre los derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, págs. 207-208.

comunitarios, protección y tutela que se proporcionan a través de la imposición y previsión de deberes y sanciones públicas, así como de medidas de control del cumplimiento de los primeros¹¹³⁴.

La literatura jurídica especializada acerca de los deberes en materia de seguridad y salud en el trabajo, bien puede decirse que constituye una literatura de aparición tardía, si la comparamos, como parece razonable hacerlo, con la atención que a esta temática venían prestando desde la segunda mitad del siglo XIX otros profesionales: los epidemiólogos¹¹³⁵ y médicos —que tanto aportaron a la cristalización de la llamada «medicina social», campo integrado por la patología social, la medicina administrativa y la medicina legal y forense¹¹³⁶—, los ingenieros sanitarios¹¹³⁷, higienistas¹¹³⁸ y técnicos industriales¹¹³⁹, y además joven —si nos servimos de la observación que de ordinario se atribuye al dramaturgo irlandés, pole-

¹¹³⁴ MANUEL ALONSO GARCÍA, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*, Librería Bosch, Barcelona, 1958; GASPARD BAYÓN CHACÓN, *La autonomía de la voluntad en el derecho del trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1955; J. MARÍA BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; C. W. CANARIS, «Grundrechte und Privatrecht», en *Archiv für Zivilistische Praxis*, 1984; FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *Anuario de Derecho civil* (Madrid), 1982; M. D'ANTONA, «La autonomía individual y las fuentes de derecho del trabajo», en *Relaciones Laborales*, volumen II, 1991; GUISEPPE D'EUFEMIA, «Norme inderogabili e interessi legittimi nell rapporto di lavoro (A proposito del dovere di sicurezza)», en *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1969; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Ley y autonomía colectiva: Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1997; MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo», en *Relaciones laborales*, vol. I, 1996.

¹¹³⁵ J. BERNABÉU MESTRE, *Enfermedad y población. Una aproximación crítica a la epidemiología histórica española*, Revisión en Salud Pública, Madrid, 1991, págs. 83 y sigs.

¹¹³⁶ MARIANO CASADO BLANCO, «Medicina forense en Badajoz (1950-2000)», en *Revista de Estudios Extremeños*, (Dpto. de Publicaciones de la Excm. Diputación Provincial de Badajoz), Año 2003, tomo LIX, núm. 1, enero-abril, págs. 183-190.

¹¹³⁷ Ponencia oficial, «La ingeniería en la salubridad y su condición actual en la República mexicana», en *Memoria del Primer Congreso Nacional de Salubridad y Asistencia*, México, 1947, tomo I, págs. 187-211.

¹¹³⁸ M. GRANJEL, *Pedro-Felipe Monlau y la Higiene española en el siglo XIX*, Cátedra de Historia de la Medicina, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1983; PEDRO-FELIPE MONLAU, *Elementos de Higiene Pública: Arte de conservar la salud de los pueblos*, 2.ª edición, Madrid, 1862; A. Sebastian, *A dictionary of the History of Medicine*, The Parthenon Publishing Group Inc., New York, 1999.

¹¹³⁹ ALFREDO MONTOYA MELGAR, «Prólogo» al volumen de BEATRIZ GUTIÉRREZ DEL SOLAR CALVO, *El deber de seguridad y salud en el trabajo*, Colección «Estudios», Consejo Económico Social de España, Madrid, 1999, págs. 13-16, la cita en págs. 13-14; ID., JAIME PIZÁ GRANADOS, *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, McGraw Hill, Madrid, 1996 (hay segunda edición, 2000).

mista, crítico y novelista, premio Nobel de Literatura 1925, George Bernard Shaw (1856-1950) según la cual la más antigua tradición norteamericana es su juventud— y si joven son los Estados Unidos o la sociología como disciplina académica, ¿qué no decir del estudio en su dimensión jurídica del deber de seguridad e higiene en el trabajo que, como mucho puede considerarse de anteaer?¹¹⁴⁰

Para darnos una idea de tal condición bastará con recordar que apenas ha transcurrido aún un cuarto de siglo, desde que se produjera la publicación que marcaría un hito en el tratamiento doctrinal de la materia desde el derecho del trabajo, el texto de Leodegario Fernández Marcos, primera monografía sistemática sobre el tema¹¹⁴¹.

Tan amplia como reciente literatura se centra en el análisis de los deberes públicos y privados de prevención, de los intereses generales o comunitarios e individuales o particulares protegidos, de todo el conjunto de medios de protección jurídica, de la responsabilidad pública, penal o administrativa, de los mecanismos sancionadores, ya sean estos penales, administrativos, o del tipo que constituyen las indemnizaciones por daños y perjuicios, sin olvidar el tratamiento de las concretas técnicas e instrumentos específicos que componen la sustancia de los deberes de seguridad y salud laborales (requisitos de los equipos de protección individual, señalización de locales de trabajo, normas sobre construcción, maquinaria, riesgos medioambientales, etc...) ¹¹⁴².

En definitiva se trata de textos centrados en la consideración de los distintos tipos de normas que se ocupan de disciplinar la seguridad e higiene en el trabajo; entendiendo por tal la ausencia en el medio de trabajo de aquellos riesgos para la vida, la integridad física y psíquica y la salud de los trabajadores, que pudieran derivarse de las condiciones materiales, personales y organizativas en que se desarrolla la prestación laboral.

Según dispone el artículo quince de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de ocho de noviembre de 1995 el empresario debe ajustar su de-

¹¹⁴⁰ HARRY ALPERT, «Sociología. Sus intereses presentes», en el volumen recopilado por BERNARD BERELSON, *El hombre, su comportamiento*, trad. cast. de «The Behavioral Sciences Today» (Basic Books, Inc. Publishers, 1963), Editorial Pax México-Librería Carlos Cesarman, SA, México, enero de 1968, Capítulo IV, págs. 65-78, la cita en pág. 65.

¹¹⁴¹ LEODEGARIO FERNÁNDEZ MARCOS, *La seguridad e higiene en el trabajo como obligación contractual y como deber público*, con «Prólogo» de Manuel Alonso Olea, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1975; SUSANA GARCÍA HERRERO y MIGUEL-ÁNGEL MARISCAL SALDAÑA, *Mejora de la seguridad industrial. La investigación conjunta de riesgos, incidentes y accidentes*, Colección «Estudios y Monografías», Universidad de Burgos, 2003.

¹¹⁴² ALFREDO MONTOYA MELGAR y JAIME PIZÁ GRANADOS, *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, segunda edición, Colección «Ciencias Jurídicas. Área de Derecho Laboral», McGraw Hill, Madrid, 2000, pág. XVIII («Prólogo»).

ber general de prevención a una serie de principios: evitar los riesgos, evaluar los riesgos inevitables, combatir los riesgos en su origen, adaptar el trabajo a la persona, tener en cuenta la evolución de la técnica, sustituir los factores peligrosos por los que entrañan menos o ningún peligro, planificar la prevención, anteponer la protección colectiva a la individual y dar las debidas instrucciones a los trabajadores.

Si nos ocupamos de la cuestión aquí y ahora, aun cuando solo lo hagamos de una manera sucinta, es porque entendemos que el bien jurídico salud se proyecta en una serie de derechos, obligaciones y poderes de carácter individual y colectivo, entre los que no es de menor relevancia la amplísima problemática de la seguridad y la salud en el trabajo ¹¹⁴³, que desde el punto de vista material es uno de los principios rectores de la política social y económica (artículo 40.2 de la Constitución española) ¹¹⁴⁴.

En este abundante conjunto de literatura especializada a la que ha dado lugar la Ley 31/1995, de ocho de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (que es al tiempo desarrollo del mandato constitucional al poder público para que vele «por la seguridad e higiene en el trabajo» —art. 402 de la Constitución española— y trasposición de la Directiva marco 89/391/CEE, así como de otra directiva sobre la materia —Directiva 92/85, 94/33 y 91/383 CEE—) ¹¹⁴⁵ hay que destacar el acierto y rigor de las aportaciones de algunos profesores que se encuentran, o lo estuvieron en un pasado no muy remoto, estrechamente vinculados a esta Casa de estudios y en particular a sus Departamentos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de Derecho Penal, y al magisterio complutense de Marino Barbero Santos, Gaspar Bayón Chacón, Manuel Alonso Olea y Eugenio Pérez Botija.

Aún a riesgo de omitir algún nombre involuntaria e indebidamente, no renuncio a identificar a aquellos que tengo presentes: M. S. Alonso Ligeró, Joaquín Aparicio Tovar, Luis Arroyo Zapatero ¹¹⁴⁶, Antonio Baylos Grau,

¹¹⁴³ GUISEPPE D'EUFEMIA, «Norme inderogabili e interessi legittimi nell rapporto di lavoro (A propósito del dovere di sicurezza)», en *Rivista di Diritto del lavoro*, 1969, págs. 14 y sigs.; I. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, tercera edición, Franco Angeli, Milano, 1989.

¹¹⁴⁴ BEATRIZ GUTIÉRREZ DEL SOLAR CALVO, «La doble naturaleza de los deberes de seguridad y salud en el trabajo», en ID., *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, Colección «Estudios», Consejo Económico y Social de España, Madrid, julio de 1999, págs. 71-120.

¹¹⁴⁵ ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, vigésima edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, SA), Madrid, 2002, págs. 403-406: «Deberes en materia de seguridad y salud en el trabajo» en pág. 403.

¹¹⁴⁶ LUIS ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo. Servicio social de higiene y seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981; ID., *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Ed. Praxis, Madrid, 1988; ANTONIO BAYLOS GRAU y JUAN TERRADILLOS BASOCO,

Alberto Cámara Botía, María-Emilia Casas Bahamonde, Leodegario Fernández Marcos, Santiago González Ortega, José-Juan González Sánchez, Beatriz Gutiérrez del Solar Calvo, Julia López López, Alfredo Montoya Melgar, Manuel-Carlos Palomeque López, Benigno Pendás Díaz, Jaime Pizá Granados e Iñigo Sagardoy de Simón y María del Carmen Salcedo Beltrán.

Publicaciones que acogen la expresión tradicional, «seguridad e higiene en el trabajo»: por otra parte la más generalizada en la literatura jurídico-laboral patria, cuya recepción inicial en nuestros textos normativos se remonta a la disposición comúnmente conocida como Ley Benot (que prohíbe el trabajo de los menores de diez años y regula una serie de medidas de carácter protector, la considerada primera ley laboral española —que inicia la que sería una fragmentaria y aluvional legislación social hasta la crisis de 1917¹¹⁴⁷—, de veinticuatro de julio de 1873 —que alude a la higiene y a la seguridad de los obreros en su artículo noveno—). Expresión que luego sería reiterada decenas de veces en distintas disposiciones: Ley de 1922, Código de trabajo de 1926, texto refundido de 1932, Reglamento General de Seguridad e Higiene del trabajo de 1940, Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo...

El término higiene vendría a constituir una especie de reconocimiento a la enorme popularidad de los estudios de médicos e higienistas en la segunda mitad del siglo XIX, y que determinó que el primer texto de conjunto dedicado al término (1856) por el doctor Pedro Felipe Monlau, desde una óptica eminentemente médica, tuviera como título «Higiene industrial». Aun cuando se apunta en el horizonte un progresivo desplazamiento de este rótulo, al estar imponiéndose cada vez más la expresión «seguridad y salud de los trabajadores», tomada por nuestro derecho de la normativa de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio número 155, de veintidós de junio de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, ratificado por España en el año 1985) y de la Unión europea (Directiva-marco de la Comunidad Europea 89/391 y directivas de ella derivadas).

Caben pocas dudas en reconocer que a favor de esta modificación terminológica ha jugado un papel determinante la acogida que ha encontrado la expresión «seguridad y salud de los trabajadores» en las modificaciones incorporadas a los artículos 118 y 130 del Tratado Constitutivo de la Comunidad resultante de la Conferencia intergubernamental de Luxem-

Derecho Penal del Trabajo, «Prólogo» de Aurelio Desdentado, Colección «Estructuras y Procesos. Serie derecho», Editorial Trotta, primera reimpresión, Madrid, 1991.

¹¹⁴⁷ ALFREDO MONTAYA MELGAR, *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España: la crisis de 1917, 1923*, Murcia, 1977, pág. 9.

burgo que suscribieran los doce Estados entonces miembros en el propio Principado el diecisiete de febrero de 1986 y el veintiocho de febrero del mismo año en La Haya. Tratado conocido, es obvio decirlo, como Acta única europea, que entraría en vigor, tras su ratificación por los distintos Estados miembros, según sus normas constitucionales respectivas, el uno de abril de 1987¹¹⁴⁸, con lo que se generó un importante impacto sociológico y se despertaron expectativas, muchas de las cuales nunca se verían satisfechas. El artículo 118 atribuye un nuevo impulso y un mayor dinamismo a la política social comunitaria y prevé que los Estados miembros promuevan «la mejoría, en particular del medio del trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores». Con estas disposiciones se reconoce que la Unión Europea difícilmente puede constituirse de una forma completa sino termina integrando en la misma la noción de «espacio social europeo», de igual forma que no puede concebirse un derecho comunitario plenamente desarrollado si no comprende el derecho social¹¹⁴⁹.

Mecanismo que supone un avance en materia de acción social y un paso más hacia la siempre difícil tarea de la construcción de ese espacio social europeo que tantas dilaciones ha padecido, con vistas a que se pueda superar el «impasse» que suponía el mantenimiento de la situación inmediatamente anterior (en la que los distintos proyectos sobre la materia se veían bloqueados de manera indefinida en el Consejo Europeo). Con este nuevo impulso se hacía posible, además acelerar la adopción de proyectos nuevos, a estos efectos las directivas pasan a ser adoptadas no por unanimidad sino por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y una vez evacuada la pertinente consulta al «Comité Económico y Social» —órgano de representación de las diferentes categorías de la vida económica y social, como medio de concertación que aspira a ser eficaz entre los distintos «partenaires» sociales en el seno de la Comunidad Europea—.

¹¹⁴⁸ JEAN-PAUL JACQUÉ, *L'Acte unique européen*, en «Revue trimestrielle de droit européen», 1986, págs. 575 y sigs.; ID., *Le Parlement européen. Le Conseil. Le Commission. Le Cour des comptes. Le Comité économique et social. Le Comité des régions...*, Editions de l'Université de Bruxelles, segunda edición, Bruxelles, 2000; ROBERT KOVAR, «Histoire de la construction européenne», en *Juris Classeur Europe*, fascículo, 100, 1989; ID. y DENYS SIMON (directores), *Service public et Communauté Européenne entre l'intérêt général et le marché*, Le Documentation Française, Paris, 1998; JEAN LECERF, *Histoire de l'Unité européenne*, Col. «Idea», Ed. Gallimard, Paris, tercera edición, 1984; ALEXIS LLOYD y ANTOINE WINKLER, *L'Europe en chantier*, Hachette, Paris, 1995; J. DE RUYT, *L'Actes unique européen*, Université Libre de Bruxelles, segunda edición, Bruxelles, 1989; DENYS SIMON, *Acte unique européen*, en «Encyclopédie Dalloz. Répertoire de Droit communautaire (Dalloz, Paris), 1992.

¹¹⁴⁹ VLAD CONSTANTINESCU, ROBERT KOVAR y DENIS SIMON (directores), *Traité sur l'Union Européenne: Signé à Maastricht le 7 février 1992. Commentaire article par article*, «Preface» de Alain Lamassoure Economía, Paris, 1995.

En el artículo anterior se determinan los objetivos que harán posible la configuración de un auténtico «espacio social europeo». Se reconocen así, como fines propios de la Comunidad y de sus Estados miembros, la promoción del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos que permitan un nivel de empleo elevado y estable, y la lucha contra las exclusiones.

En aras al cumplimiento de todos estos objetivos, la Comunidad y sus Estados miembros, adoptan una serie de medidas, que si bien toman en consideración la diversidad de las prácticas nacionales, y de forma muy particular en lo que concierne al ámbito de las relaciones convencionales, consideran irrenunciable y necesario el mantenimiento de la competitividad de la economía comunitaria¹¹⁵⁰.

Objetivos que hace suyos la «Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores», en su texto adoptado el nueve de diciembre de 1989 por once Estados miembros, la totalidad de quienes entonces tenían tal condición, con la sola excepción del Reino Unido.

Mediante la actual Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores se trataba de acoger, en el marco de la Unión Europea, el conjunto de normas, medidas y técnicas que tienen por objeto prevenir los riesgos laborales, evitar los daños sobre la vida, la integridad y la salud de los trabajadores y, en última instancia, todo aquello que contribuya o responda al propósito de mejorar, de una manera permanente, las circunstancias y condiciones en que se inserta la prestación del esfuerzo laboral.

Objetivos que se despliegan en un conjunto de normas legales y convencionales, medidas y técnicas dotadas de eficacia expansiva, lo que determina que las previsiones normativas no sólo se proyectan sobre las condiciones estrictas de la prestación del trabajo, sino que abrazan también aspectos concernientes al tipo de seguridad de las instalaciones, de los procesos productivos, de las máquinas, de los elementos y de los productos. Se dispone así la aplicación de esta normativa a todo tipo de trabajadores, lo que las hace extensivas a las relaciones de empleo público entre Administraciones y personal de esa naturaleza, y no solo a todo tipo de trabajadores, sino incluso a cualesquiera personas que pudieran relacionarse de forma incidental con el medio de trabajo, ya sea a título de clientes o en la condición de usuarios.

En base a lo dispuesto en el artículo 118.A del Tratado de la Unión Europea, el Consejo adoptó la Directiva 93/104, de 23 de noviembre, relativa

¹¹⁵⁰ Vid. al respecto el volumen V, que con el título «La Europa Social» ha editado la *Revista de Derecho de la Unión Europea* (publicación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid) el año 2003.

a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en la que se establecen períodos mínimos de descanso (diario, semanal, anual), se regulan los tiempos de duración del trabajo, las condiciones del trabajo nocturno...

Una consecuencia no menor de este efecto expansivo de la regulación de referencia, la encontramos en las cada vez más frecuentes directivas de la Unión Europea que tienen por objeto disciplinar la materia. La acción de la Unión europea en este sector ha ido evolucionando y ganando peso, hasta llegar a constituir su política en este ámbito, una política del tipo de las denominadas política integrada.

De toda la regulación de la política social comunitaria, es, por su número, en este ámbito que se ocupa del derecho del trabajador a disfrutar de unas condiciones adecuadas de seguridad y salud en el trabajo en el desarrollo de su prestación laboral, donde la producción normativa de la Unión Europea ha resultado ser más abundante y compleja, generando un importante cuerpo normativo, ya que ha alumbrado hasta la fecha cerca de treinta directivas.

La técnica seguida en su elaboración varía notablemente. En algunas circunstancias se ha preferido proceder al establecimiento previo de una disposición del tipo de las que habitualmente se conoce como «Directiva marco». Directiva marco en la que se recogen los principios básicos, que son objeto de desarrollo y especificación posterior mediante lo que se ha dado en denominar «Directivas específicas o particulares», las cuales a su vez generan la necesidad de promulgar normas de adaptación en cada uno de los distintos Estados miembros a los fines de que se puedan adaptar las legislaciones correspondientes a las exigencias comunitarias al respecto.

Entre estas directivas del tipo directivas marco destaca, y el hecho de que se le dé habitualmente la denominación de «Directiva Marco de Seguridad», así lo acredita, la Directiva del Consejo Europeo 83/391, de doce de junio de 1989, concerniente a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el desempeño de su actividad laboral. Este conjunto de disposiciones ha generado una amplísima y rigurosa literatura debido a la mejor doctrina. Aun sin pretensiones de exhaustividad me interesa incluir en el inventario a algunos autores: C. Bonnat, N. Catala, M. Colina Robledo, J. M. Galiana Moreno, P. Heritier, G. Lyon-Caen, A. Lyon-Caen, A. Martín Valverde, Alfredo Montoya Melgar, Christian Philip, F. Pérez de los Cobos, X. Porelot, R. Riffiot, María del Carmen Salcedo Beltrán, J. Sánchez Costa, J. Terradillos Basoco, Tomás Sala Franco, A. V. Sempere Navarro, B. Tyssié, E. Vogel-Polsky...¹¹⁵¹.

¹¹⁵¹ ANTONIO MARZAL (editor), *Protección de la salud y derecho social*, Ed. Bosch-Esade, Facultad de Derecho, Barcelona, 1999; MARÍA DEL CARMEN SALCEDO BELTRÁN, *El*

VIII. CIERRE, AL MENOS POR AHORA

VIII.1. En el desarrollo de la obra que presentamos mediante esta líneas, sus tres principales autores, Enrique Barón Crespo, Luis García Perulles y Eduardo Martínez y Hernández adoptan una perspectiva inequívocamente constitucionalista¹¹⁵².

Al hacerlo se inscriben de una forma tan deliberada como consciente en la ya amplísima relación de juristas, que siendo reconocidos especialistas del Derecho Constitucional (en el sentido estricto o restringido de lo que hoy en España conocemos bajo tal rúbrica), o de otras disciplinas jurídicas (administrativistas, laboristas...), se han ocupado del tratamiento del tema centrándolo a) ya sea en sus dimensiones más propiamente constitucionales —no en vano, y como corresponde a la inequívoca condición normativa, que no meramente declarativa, de la Constitución¹¹⁵³ en los Estados constitucionales de Derecho, en virtud, entre otras razones, de la «voluntad de Constitución» (lo que el profesor de la Universidad de Freiburg y magistrado que fuera del Tribunal Constitucional Federal alemán, Konrad Hesse llama «Wille zur Verfassung»), y precisamente en lo que di-

deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores, Colección Laboral, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; OFICINA DE PUBLICACIONES OFICIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Seguridad y Salud en el lugar del trabajo. Manual de auditoría interna*, Pyme-Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1995.

¹¹⁵² JOSÉ-MARÍA FERNÁNDEZ PASTRANA, *El servicio público de la sanidad: El marco constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

¹¹⁵³ KONRAD HESSE, *La fuerza normativa de la Constitución* (*Die normative Kraft der Verfassung*, «Praellectio» en la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de Freiburg in Brissgau, 1959), en ID., *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección), trad. cast. e «Introducción» de Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, págs. 59-84 (hay segunda edición, 1992); ID., *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, trad. cast., Colección «Cuadernos Civitas», Editorial Civitas, Madrid, 1995 (reimpresión, 2001); ID., *Grundzüge der Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, veinte ediciones, C. F. Müller Verlag, Heidelberg-Karlsruhe, 1978; ID., *Handbuch der Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland: Studienausgabe*, herausgegeben von Ernst Benda unter mitwirkung von Konrad Hesse y Wolfgang Hoyde, dos volúmenes, Walter de Gruyter Verlag, Berlin-New York, segunda edición, 1994; ID., KONRAD HESSE et alii, *Die Verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien in moderne Staat*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, vol. XVII (Wien an 9 und 10-oktober 1958), Walter de Gruyter Verlag, Berlin-New York, 1959. Vid PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Colección «Estudios Constitucionales»-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999; ID., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Colección «Estudios Constitucionales», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987; PEDRO CRUZ VILLALÓN, JULIO-DANIEL GONZÁLEZ CAMPOS y MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, *Tres lecciones sobre la Constitución*, Mergablismo, Sevilla, 1999; WERNER WEBER, *Spannungen und Kräfte im Westdeutschem Verfassungssystem*, Stuttgart, 1951.

cha voluntad tiene de una de sus condiciones más precisas: la mayor parte de los institutos, tanto de naturaleza pública como privada, son objeto de garantía y tratamiento constitucional—; ya sea b) en los condicionamientos y las consecuencias de todo tipo —entre los que no es menor el llamado «efecto irradiante» de los principios constitucionales¹¹⁵⁴— que gravitan y derivan del tratamiento o de la regulación de las instituciones y las relaciones jurídicas en sede constitucional¹¹⁵⁵.

En este sentido Alfonso Barrada Rodríguez, Efrén Borrajo Dacruz, Juan-Carlos Cabaña García, Francisco-Javier Catalá Villanueva, José-María Fernández Pastrana, Fernando Garrido Falla, Juan-José González Rivas, Epifanio Lupián Cruz, Antonio Martín Valverde, Alfredo Montoya Melgar, Carlos Nicolás Ortiz, Oscar Rodríguez Olvera... constituyen una granada serie de estudiosos del tema, la relación hasta la fecha bien pudiera, y acaso debiera, ampliarse.

Tal parece que la salud, en lo mucho que esta tiene de sistema en sí mismo integral, dotado de múltiples, a la vez que polimorfos dimensiones —lo que determina que evada o escape con éxito el convertirse en presa de la foto fija—, no puede aprehenderse con un sentido pleno, ni con unas pretensiones de exhaustividad, a partir de un solo conocimiento especializado, o desde una serie de estudios parciales, y por ello reduccionistas, que, en la medida en que tienen tal condición, priman inevitablemente un preciso objeto formal, o lo abordan desde una sola perspectiva o dimensión, donde luego en sacrificio de las restantes, pero, sobre todo, en merma de la visión de conjunto.

Entiendo que la salud requiere, y hasta exige de manera apremiante, las tantas veces invocada y siempre escasa y poco rigurosamente practicada consideración de tipo interdisciplinaria. La interdisciplinariedad es una bandera-concepto que, como tantos otros, ha ganado en acogida y estima social, a costa, eso sí, de haber concluido por vaciarse y desvirtuarse casi por entero, sin que haya dejado de ser, pese a las engañosas apariencias de su aceptación, un movimiento en los márgenes.

Sólo a través de un abordaje de carácter auténticamente interdisciplinario se hará posible establecer la distancia necesaria entre los estudiosos

¹¹⁵⁴ ROBERT ALEX (n. 1945), *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), versión cast. del original, *Theorie der Grundrechte* (Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986) de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, Colección «El Derecho y la Justicia», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 515-524: «Un modelo de tres niveles del efecto a terceros».

¹¹⁵⁵ KONRAD HESSE, «Das Grundgesetz in der Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland. Aufgabe und Funktion der Verfassung», en *Handbuch des Verfassungsrechts*, vol. CXXX, núm. 1, 1983, págs. 3-27. Vid. al respecto PETER HÄBERLE y ALEXANDER HOLLERBACH, *Bibliographie Konrad Hesse*, C. F. Müller Verlag, Karlsruhe-Heidelberg, 1999.

de las ciencias de la salud y su objeto material de trabajo. El recurso con vocación interdisciplinar a otros saberes, a otras ciencias, y a otras disciplinas, les suministrará la ocasión de proceder a una deseable ruptura epistemológica que les permitirá desembarazarse de una proximidad que, como en tantos otros ámbitos, también en éste ha concluido por ser absolutamente paralizante¹¹⁵⁶, y ha impedido, o al menos demorado, el hallazgo de la pendiente natural para la mente humana, que requiere unidad y coherencia en su representación del mundo bajo sus más variados aspectos¹¹⁵⁷.

Con harta frecuencia parece que ciertas especialidades (me atrevería a decir que la mayor parte) del saber social no tienen otro fundamento justificador de su reclamada autonomía que los que le proporcionan los móviles y las finalidades de naturaleza exclusiva, o más propiamente académica o profesional¹¹⁵⁸ (esto es, las convenciones profesionales de los

¹¹⁵⁶ JEAN-PASCAL CHAZAL, «Antigona, Busiris et Portia. Trois images de la doctrine», en *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques* (Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles), volumen 48, 2002, págs. 1-66, la cita en pág. 3; ID., «Philosophie du droit ou théorie du droit», en *Archives de Philosophie du Droit* (Editions Sirey, Paris), vol. 45, 2001, págs. 303 y sigs.; DANIELE LOCHAK, «La neutralité de la dogmatique juridique: mythe ou réalité? 1. Une neutralité impossible», en el volumen colectivo dirigido por PAUL AMSELEK, *Théorie du droit et Science*, Presses Universitaires de France, Paris, 1994, págs. 293 y sigs.; ID. *et alii*, *Les usages sociaux du droit*, Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, Presses Universitaires de France, Paris, 1989; FRANÇOIS OST y MICHEL VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une critique du droit*, Col. «Travaux et Recherches», Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1987, pág. 69; ID., «La doctrine entre faire savoir et savoir faire», en *Annales de Droit de Louvain*, vol. 1, 1997, págs. 31 y sigs.; ID., *Entre la lettre et l'esprit: les directives d'interprétation en droit*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1989; JACQUES VANDERLINDEN, «Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique», en *Revue de la Recherche Juridique. Droit Prospectif*, vol. XVIII, núm. 2, 1993, págs. 573-583.

¹¹⁵⁷ FRANÇOIS JACOB (n. 1920), «Prefacio» a ID., *La lógica de lo viviente. Una visión materialista de la biología*, trad. cast. de Joan Senent y M. Rosa Soler, revisada por Clara Wulff Barreiro, del original *La Logique du vivant. Une histoire de l'hérédité* (Editions Gallimard, Paris, 1970), Col. «Biblioteca Científica Salvat», Salvat Editores, Barcelona, 1986, págs. VII-IX, la cita en pág. VII; ID., *La estatua interior*, trad. cast. de Thomas Kauf, Colección «Andanzas Metatemáticas», Ed. Tusquets, Barcelona, 1989; ID., *El juego de lo posible*, Colección «Biología y psicología hoy», Serie Mayor, Ed. Grijalbo, Barcelona, 1982 (hay edición posterior en Colección «Libro de mano», Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1997); ID. *et alii*, «Lógica de lo viviente e historia de la biología», *Cuadernos Anagrama. Ciencias*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1975; ID., *La lógica de la mente. Una historia de la berencia*, Colección «Papel 451», Ed. Laia, Barcelona, 1973, trad. cast. del original, *La logique du vivant: une histoire de l'hérédité* (Gallimard, Paris, 1976), hay edición posterior, en Colección «Metatemáticas. Libros para pensar en la ciencia», con «Prólogo» de Ricardo Guerrero, Ed. Tusquets, Barcelona, 1999; ID., *El ratón, la mosca y el hombre*, trad. cast. de Antonio Martínez Riu, Colección «Drakontos», Ed. Crítica, Barcelona, 1998.

¹¹⁵⁸ LUC BOLTANSKI, «Les systèmes de représentation d'un groupe social: "les cadres"», en *Revue Française de Sociologie* (Paris), vol. XX, 1979, págs. 639 y sigs.; ID., *Les cadres: l'*

investigadores, o las más o menos inevitables servidumbres que se encuentran relacionadas de un modo privilegiado con la promoción, el mantenimiento o el crecimiento profesional)¹¹⁵⁹. En todo caso resulta difícil o imposible, identificar razones internas a la investigación que justifiquen su reclamada independencia, o entender que se trata de una exigencia que resulta de ineludible atención a consecuencia de las singulares propiedades que presenta su objeto de estudio.

En base a estas consideraciones, una vez que las disciplinas emancipadas han acotado los objetos de su estudio, manifiestan una tendencia tal vez espontánea, pero en todo caso altamente eficaz, a mantener la integridad de su discurso mediante la salvaguarda de la especificidad de sus definiciones, y suelen reproducirse y asentarse reiterándolas, lo que explica que prosigan con sus discursos y sus silencios selectivos¹¹⁶⁰, reclusas ya sea en los confines propios, ya sea en los confines que se tienen por tales.

Hasta el punto que se ha llegado a concluir por más de un tratadista, que «acaso la fragmentación no justificada de las investigaciones sociales sería una de las razones mas determinantes del insuficiente desarrollo de estos saberes, en contraste con el desarrollo alcanzado por las llamadas «ciencias duras». La toma en consideración de todas estas circunstancias exigirá hacer uso de reglas heurísticas de cautela, de interdisciplinaridad y de estimación a la baja de lo que sabemos, o de lo que creemos saber¹¹⁶¹.

formation d'un groupe sociale, Col. «Le sens commun», Ed. Minuit, Paris, 1982; ID., *The making a class: cadres in french society*, trad. al inglés a cargo de Arthur Goldhammer, Cambridge University Press, Cambridge, 1987; ID., *L'amour et la justice comme competence: trois essais de sociologie de l'action*, Col. «Legons des choses», Metailié, Paris, 1990; ID., *El amor y la justicia como competencia. Tres ensayos de sociología de la acción*, trad. cast. de Inés María Pousadela, Biblioteca de Sociología, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2000; ID., *Las crisis sociales del cuerpo*, Colección «Salud, política y sanidad», Preferis, Buenos Aires, 1975; ID. y EVA CHIAPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, NRF, Essais, Ed. Gallimard, Paris, 2000 (trad. cast. de Alberto Riesco Sanz y Raúl Sánchez Cedillo, «El nuevo espíritu del capitalismo», Colección «Cuestiones de antagonismo», Ed. Akal, Madrid, 2000); LUC BOLTANSKI y LAURENT THÉVENT, *De la justification: la économie de la grandeur*, Ed. Gallimard, Paris, 1991.

¹¹⁵⁹ PIERRE BOURDIEU, «Le champ scientifique», en *Actes de la recherche en sciences sociales*, núms. II y III, 1979, págs. 101 y sigs.; ID., *Homo academicus*, Colección «Sens Commun», Ed. de Minuit, Paris, 1984; ID., *Homo academicus*, ed. inglesa, trad. de Peter Collier, Polity Press, Cambridge (UK), 1988.

¹¹⁶⁰ ZYGMUNT BAUMAN, *Manipulación social de la moralidad: actores moralizantes, acción adiaforizante*, «Apéndice», ID., *Modernidad y Holocausto*, ob. cit., trad. cit., ed. cit., págs. 271-288, la cita en pág. 273.

¹¹⁶¹ JUAN-RAMÓN CAPELLA HERNÁNDEZ, *Elementos de análisis jurídicos*, Colección «Estructuras y Procesos: Serie Derecho», Editorial Trotta, Madrid, 1999, pág. 31; ID., «El aprendizaje del aprendizaje: Fruta prohibida. I: Cuaderno Rojo: Una Introducción al estudio del derecho», Colección «Estructuras y Procesos. Derecho», Editorial Trotta, Madrid, 1995 (hay edición de 1997 y 1990).

De tal manera se desarrollan las cosas, que con una reiteración absolutamente desproporcionada a la naturaleza de los objetos de estudio, y a sus exigencias más propias, es posible apreciar el predicamento alcanzado por quienes favorecen, por encima de lo razonable, la artificiosa compartimentación de los saberes y el proverbial encierro de los distintos especialistas en sus exclusivas y nuevas torres de marfil gremiales¹¹⁶².

Se diría que una tan abusiva compartimentación de los saberes pretende afirmar, o al menos sugerir, que cada una de las diferentes disciplinas autónomas reclama un estatuto epistemológico propio¹¹⁶³, ofrece un modelo distinto de razonamiento, al ocuparse de su respectivo objeto formal de estudio¹¹⁶⁴, en concordancia con lo que propiamente debería corresponder a ámbitos que se supone están dotados de una racionalidad propia o diferenciada.

Esta denuncia del especialismo ha encontrado un eco de cierto relieve, en el ámbito que nos ocupa, entre otros, por impulso de los movimientos sociales de la calidad de vida que han surgido en los últimos años en las distintas latitudes de las sociedades avanzadas, y así lo viene sosteniendo desde hace tiempo el novedoso discurso de la sociología de la salud como disciplina que ambiciona, y más allá del limitado ámbito que venía cobrando y desplegando hasta entonces la sociología de la medicina —disciplina esta que se centraba básicamente, y aún hoy continúa centrándose, en la sanidad e higiene pública, las profesiones médicas y las prácticas hospitalarias; siendo como era, y es aun hoy, mucho e importante, la laguna interdisciplinaria no dejaba (y aún no ha dejado) de ser amplísima—.

En contraste con estas limitaciones, la sociología de la salud ambiciona llegar allí a donde parece que detiene su afán la sociología de la medicina. Si ha conseguido hacerlo, si al menos en alguna medida ha ampliado los horizontes de esta, muy probablemente se deba en parte no pequeña a la relevancia que desde hace años está cobrando el concepto mismo de salud, cuando se le aborda desde la antropología cultural¹¹⁶⁵.

¹¹⁶² «La pensée de Carlos Chagas recueille per Jean-François Lemaire», en *Médecine de France* (Olivier Perrin Editeur, Paris), núm. CCVIII, 1970, págs. 9-17, la cita en págs. 11-12: «Médecine et individu».

¹¹⁶³ GEORGES GUSDORF (n. 1912), «L'enseignement des sciences sociales et économiques», en ID., *L'avènement des sciences humaines au siècle lumières*, vol. VI de *Les sciences humaines et la conscience occidentale*, Librairie Payot, Paris, 1973, págs. 565-583.

¹¹⁶⁴ PEDRO MERCADO PACHECO, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Colección «El Derecho y la Justicia», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pág. 34.

¹¹⁶⁵ DEEPAK CHOPRAS, *Curación cuántica*, Editorial «Plaza y Janés», Barcelona, 1996; LARRY DOSSEY, *Tiempo, espacio y medicina* (1986), trad. cast., Editorial Kairós, «Prólogo» de Feitjol Capra, Barcelona, 1998; JESÚS VICÉN, *El valor de la salud: una reflexión socioló-*

VIII.2. El valioso volumen que aquí presentamos —en el que, contra la hipertrofia del mercado que se ha asentado firmemente en nuestros días, se apuesta de una manera decidida a favor del despliegue pleno de un Derecho que trate de asegurar la realización efectiva¹¹⁶⁶ de los derechos declarados protegidos¹¹⁶⁷, y muy especialmente de los derechos sociales en su condición de derechos de integración— se inscribe, con plenos títulos de legitimación, en esa línea de convocatoria, y a la vez de llamada urgente a la realización de proyectos y análisis interdisciplinarios en el tratamiento de objetos, materiales y temas que, por su ineliminable complejidad dada la sincronización entre sistemas en principio independientes, reclaman abordajes de dicha naturaleza.

Hacer lo contrario supondría practicar una conducta en parte similar a la de aquellos primeros balbuceos de la arqueología que representaban estudios de distintas colecciones de antigüedades por completo abstraídas de sus contextos y de sus matrices vitales¹¹⁶⁸.

Entiendo que los lectores que acudan al texto buscando en este, como tan común resulta hacerlo, una identificación más o menos cómplice con «la mano invisible» y «el curso natural de las cosas», se equivocan, y además se equivocan absolutamente. De la misma forma que se equivocan quienes quieran ver en sus autores personas que están dispuestos, como tantos en nuestra vida de hoy, a vender el derecho de todo hombre a participar en el gobierno, en las esferas de la vida pública, con el único fin de que les dejen cultivar sus jardines de paz¹¹⁶⁹.

gica sobre la calidad de vida, Colección «Sociología y política», Editorial Siglo XXI, Madrid, 1995; RYAN E. WALTHER, «Transcendentally Real Medicine», en *International Studies in Philosophy* (Canton, MA), 2002, vol. XXXIV, págs. 133-147.

¹¹⁶⁶ LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Ed. Laterza Gius, Roma-Bari, 1989, págs. 905-908 (trad. cast. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan-Carlos Bayón, J. Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, *Derecho y razón. Teoría del garantismo*, Editorial Trotta, tercera edición, Madrid, 1998; ID., *Derecho y garantías. La ley del más débil*, trad. cast. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Editorial Trotta, Madrid, 1999; ID., *La cultura jurídica nell'Italia del Novecento*, Gius Laterza, Roma-Bari, 1999; LETIZIA GIANFORMAGGIO (editora), *La ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993.

¹¹⁶⁷ JUAN-ANTONIO ORTEGA DÍAZ-AMBRONA, «Derechos fundamentales y realidad jurídica vivida», en *Actas de I Congreso de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1964.

¹¹⁶⁸ MARTIN SHAPIRO, «Comparative Law and Comparative Politics», en *Southern California Law Review*, vol. LIII, 1980, págs. 537-538.

¹¹⁶⁹ ISAIAH BERLIN, *John Stuart Mill y los fines de la vida*, Conferencia del «Robert Waley Cohen Memorial», pronunciada en el «Conference Hall», County Hall de Londres el dos de diciembre de 1959, trad. cast. de Natalia Rodríguez Salmones, en JOHN STUART MILL, *Sobre la libertad*, trad. cast. de Pablo de Azcárate del original, *On Liberty* (1859), con «Prólogo» de Pedro Schwartz, Biblioteca Treinta Aniversario Alianza Editorial, Alianza Editorial, Madrid, quince de febrero de 1997, págs. 23-79, la cita en pág. 41.

En la obra se encuentra, más bien por el contrario, una decidida apuesta a favor de la tesis según la cual es posible resistirse a lo que esta sucediendo en la actualidad y un rechazo a la invocación, tan eficaz por otra parte, a la inevitabilidad y a la dimisión del mundo de tal manera que podemos, e incluso debemos, aspirar a cambiar el decurso de los asuntos de la Tierra y la manera en que estos están siendo manejados por lo que algunos han propuesto identificar como «capitalismo de la jungla»¹¹⁷⁰.

Tampoco harán la lectura más apropiada del texto quienes deseen encontrar en sus autores a unos representantes más de los hoy llamados «pensadores rápidos, abastecedores de comida intelectual rápida»¹¹⁷¹. Más bien se apartan de esa línea argumental, y se suman a la corriente crítica en la que en el tiempo próximo les precedieron Pierre Bourdieu y tantos otros, por mucho que con sus periódicos asaltos a la fortaleza de los medios de comunicación masivos, no parece que los hayan resquebrajado, ni se diría que han conseguido inquietar de una forma importante a sus ocupantes¹¹⁷².

En este sentido el libro resulta especialmente aleccionador dentro del escenario intelectual en el que nos vemos instalados, precisamente por lo que tiene de invitación a mantener una actitud de una permanente vigilancia, que solo proporcionan la gallardía y el compromiso con unas convicciones profundas¹¹⁷³; y a asumir como irrenunciable la renuncia a la complacencia o apatía¹¹⁷⁴ que tan ampliamente se encuentran extendidas ante el estado de cosas existente, o a la aceptación de la idea, no menos arraigada, y de la que se nos ofrecen dosis asfixiantes, que considera fútil y poco razonable tratar de imaginar un mundo diferente y disparatado esforzarse por contribuir a que pueda llegar a ser posible. Obras como estas contribuyen a que sea cada vez más fácil pensar en la sociedad como un colectivo vivo a través del tiempo y más allá de los individuos y sus acciones¹¹⁷⁵.

¹¹⁷⁰ JEAN ZIEGLER (n. 1934), *Los nuevos amos del mundo*, trad. cast. de Eduardo González, Editorial Destino, Barcelona, 2003.

¹¹⁷¹ PIERRE BOURDIEU (1930-2002), *Sur la television*, Raison d'Agir, Paris, 1986, pág. 31; ID., *Sur la television: suivi de L'emprise du journalisme*, Libr. Raisons d'Agir, decimotercera edición, Paris, 1996; ID., *Sobre la televisión*, trad. cast. de Thomas Kauf, Colección «Argumentos», Ed. Anagrama, tercera edición, Barcelona, 2000.

¹¹⁷² MARGARITA RIVIÈRE, *El malentendido: Cómo nos educan los medios de comunicación*, Ed. Icaria, Barcelona, 2003.

¹¹⁷³ OLIVIER MONGIN, *Face au scepticisme. Les mutations du paysage intellectuel ou l'invention de l'intellectuel démocratique*, Editions La Découverte, Paris, 1994.

¹¹⁷⁴ RUSSEL JACOBY, *The End of the Utopia: Politics and culture in a Age of Apathy*, Basic Books, New York, 1999.

¹¹⁷⁵ JOSÉ PÉREZ ADÁN, «La comunidad: haciendo visible lo invisible», en *Arbor* (CSIC, Madrid), núm. 652, Tomo CLXV, abril de 2000, págs. 565-588, la cita en pág. 570; ID., *La*

De no haber obrado con el empeño con que lo han hecho, los autores habrían incurrido sin duda, al igual que en otro contexto denunciara el maestro complutense de la filosofía jurídica Luis Legaz y Lacambra, en una forma más del, tantas veces practicado e indeseable comportamiento comensalista entre saber y poder —en una reedición de «la trahison des clercs» (la traición de los intelectuales) que denunciara hace ya tres cuartos de siglo (1927) el ensayista y novelista francés, «veterano del caso Dreyfus», partidario declarado de la adopción de actitudes desinteresadas y neutras por parte de los intelectuales, experimentado analista del escenario cultural francés¹¹⁷⁶, firme crítico del bergsonismo desde el racionalismo, Julien Benda¹¹⁷⁷ (1867-1956), y a cuya obra se asocia desde enton-

salud social, Editorial Trotta, Madrid, 1999; JOSÉ PÉREZ ADÁN y M. ARTAL, «Weber y Etzioni, un contencioso sobre los valores», en *Estudios Filosóficos*, núm. 127, 1995, vol. XLIV.

¹¹⁷⁶ JAMES D. WILKINSON, «Introducción: Los orígenes de la resistencia intelectual», en ID., *La resistencia intelectual en Europa*, trad. cast. de Juan-José Utrilla, del original en inglés *The intellectual resistance in Europe* (Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1981), Fondo de Cultura Económica, México, julio de 1989, págs. 13-33, la cita en pág. 14.

¹¹⁷⁷ JULIEN BENDA (1867-1956), *Le Trahison des Clercs* (Col. «Cahiers verts», Ed. Bernard Grasset, Paris, 1927), edición de J. J. Pauvert, 1965 (hay cuarta edición, 1975); ID., *La Trahison des clercs*, con «Prólogo» de R. Etiemble, Bernard Grasset, Paris, 1958; ID., *The Betrayal of the Intellectuals*, trad. inglesa de R. Aldington, con «Prefacio» de H. Read, Beacon Press, Boston (Mass.), 1955; ID., *Essai d'un discours cohérent sur les rapports de Die et du monde*, Ed. Gallimard, Paris, 1931; ID., *L'ordination*, Paris, 1913 (trad. cast. *La ordenación*, Espasa-Calpe, Madrid); ID., *La Jeunesse d'un clerc* (1936), octava edición, Ed. Gallimard NRF, Paris, 1937; ID., *La France byzantine ou le triomphe de la littérature pure, Mallarmé Gide, Valéry, Alain, Giradoux, Suñares, les Surrealistes essai d'une psychologie originelle du littérateur*, Ed. Gallimard, Paris, 1945; ID., *El pensamiento vivo de Kant*, Biblioteca del pensamiento vivo, Ed. Losada, tercera edición, Buenos Aires, 1965; ID., *Les cahiers d'un clerc, 1936-1949*, Emile Paul, Paris, 1950; ID., *La fin de l'éternel*, Ed. Gallimard, NRF, Paris, 1929 (tercera edición, Ed. Gallimard, Paris, 1977); ID., *Precisions (1930-1937)*, segunda edición, Gallimard, Paris, 1937; ID., *Délire d'Eleuthère*, Ed. Gallimard, Paris, 1935; ID. et alii, *L'esprit européen: textes in-extenso des conférences et des entretiens organisés par les Rencontres Internationales de Genève*, 1946, Editions de la Baconnière, Neuchâtel (Suisse), 1947; OLIVIER BLOCH, «Philosopher sous l'occupation», en *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger* (Presses Universitaires de France, Paris), vol. 192, núm. 3, 2001, págs. 259-260; NORBERTO BOBBIO, «Julien Benda», en ID., *Il Ponti*, agosto-septiembre de 1956, págs. 1377-1392; FRANCISCO-JAVIER BOBILLO DE LA PEÑA, «Julien Benda y La Trahison des Clercs», en ID., *La realidad como problema. Estudios sobre intelectuales y política*, Editorial Tecnos, SA, Madrid, 1999, págs. 29-66; MARIO CANELLA, *Julien Benda e la funzione dei clerici*, Bolona, 1931; GUY CHAPMAN, *The Dreyfuss case*, Hart Davies, London, 1955; ID., *The third Republic of France: the first phase: 1871-1894*, Macmillan Press, London, 1962; M. DOISY, *Belphégor e le clerc, essai sur Julien Benda*, Editions Dutilleul, Paris, 1955; WITOLD JAUKOWSKI, *XI Critical Study of the Work of Julien Benda*, University of Wisconsin, 1941; FREDÉRIC LEFÈVRE, *Entretien avec Julien Benda*, Le Livre, Paris, 1925; GÉ-

ces su nombre—, olvidando al hacerlo su responsabilidad irrenunciable como intelectuales ante los hombres y ante la sociedad¹¹⁷⁸, favoreciendo intereses prácticos y políticos, o actitudes y apasionamientos emocionales, o un «parti pris» no siempre reconocido o presentado explícitamente¹¹⁷⁹, pese a declarar ser intelectuales al servicio de la justicia en estado puro y de la nuda verdad, fortaleciendo por contra las religiones terrestres, acaso a título de feroces profesores del realismo y de la religión de lo real¹¹⁸⁰, tan venerada como resulta en nuestros días.

Al igual que el libro del ensayista, poeta, traductor, editor y agitador cultural alemán, el definitiva «homme de lettres», Hans Magnus Enzensberger (n. 1929), *Política y delito* (1964), la obra que presentamos no pretende sentar cátedra, las respuestas que contienen lo son a título provisional, y en parte tienen la condición de preguntas encubiertas¹¹⁸¹.

Se trata por ahora, bien cierto es, tan solo de una tarea en curso, de proyectos que ambicionan, sin llegar a conseguirlo por completo, abrir multifocalmente su perspectiva; de tentativas aún, estimables en verdad,

RARD MALKASSIAN, «Julien Benda sous l'occupation: la démocratie à l'épreuve», en *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger* (Presses Universitaires de France, Paris), vol. 192, 3, 2001, págs. 333-343; ROY F. NICHOLS, *Treason, Tradition and the Intellectual*, *Julien Benda and Political Discourse*, The Regant Press of Kansas, 1978; ROBERT J. NIESS, *Julien Benda*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1956, págs. 144-147; DAVID L. SCHALK, «La trahison des clercs. 1927 and after», en *French Historical Studies*, vol. VII, otoño de 1971, págs. 245-263; ADRIANO TILGHER, *Julien Benda e il problema del Tradimento dei clerici*, Libreria di Science e Lettere, Roma, 1934; ID., *Sagge di etica e di filosofia del diritto*, Biblioteca di scienza moderne, Fratelli Bocca, Torino, 1928.

¹¹⁷⁸ LUIS LEGAZ Y LACAMBRA (1906-1980), «Recensión» a la obra de ARNOLD BRECHT, *Political Theory. The Foundations of Twentieth-Century Political Thought*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1959, en *Revista de Estudios Políticos* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid), núm. 121, enero-febrero de 1982, págs. 223-229, la cita en pág. 229.

¹¹⁷⁹ EMMANUEL BERL, *Mort de la pensée bourgeoise*, Bernard Grasset, Paris, 1929, págs. 32 y sigs.; ID., *Mort de la morale bourgeoise*, Jean Jacques Pauvert, Paris, 1963; KARL MANNHEIM (1893-1947), *Ideologie und Utopie* (1929-1931), Verlag G. Schutte-Bulmke, Frankfurt am Main, quinta edición, 1969, págs. 49-50, 177 y 179 (hay trad. al cast., *Ideología y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1961); ID., *Ideology and utopia: An Introduction to the Sociology of Knowledge*, Harcourt-Routledge, New York-London, 1954.

¹¹⁸⁰ RAMÓN FERNÁNDEZ, «Sur la trahison des clercs», en *La Nouvelle Revue Française*, vol. XV, enero, 1928, págs. 106 y sigs.; FRÉDÉRIC LEFEBVRE, *Entretiens avec Julien Benda*, Le Livre, Paris, 1925, págs. 33 y sigs.

¹¹⁸¹ HANS-MAGNUS ENZENSBERGER, «Nota final», a ID., *Política y delito*, trad. cast. de Lucas Sala del original, *Politik und Verbrechen* (Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1964), Colección «Crónicas Anagrama», Editorial Anagrama, Barcelona, 1987, pág. 113; ID., *Migajas políticas*, trad. cast., Colección «Argumentos», Editorial Anagrama, Barcelona, 1987, pág. 113 (hay ed. anterior en Biblioteca breve de bolsillo, Libros de Enlace, Ed. Seix Barral, Barcelona, 1968).

pero sólo (y es a la vez mucho, si bien no suficiente) de tentativas, de llamadas todavía, a la realización de una tarea inmensa y por hacer, no concluida, apenas si iniciada, pero tarea rigurosa y necesaria como pocas otras labores puedan llegar a serlo.

Eso sí, labores tan rigurosas como lo son todas las que con el tiempo nos hemos acostumbrado a recibir de quienes firman este volumen, cada uno con su personalísima forma de abordar el trabajo y de superar las dificultades que les son inherentes. Volumen con el que, muy probablemente, se preludia y augura, como gustan decir los auríspices intelectuales, la próxima venida de otros volúmenes que habrán de ser, seguro, aún más ambiciosos y acabados.

«Littera scripta manent» («La palabra escrita permanece»), o al menos lo han venido creyendo, en gran parte, de manera ilusoria, quienes, desde el siglo V antes de Cristo, vienen otorgando al signo escrito la aparente firmeza que, en principio, estaría ausente, o al menos ellos niegan o ponen en cuestión, de la palabra transmitida oralmente¹¹⁸².

¹¹⁸² HANS-JOACHIM KRÄMER (n. 1929), *Platón y los fundamentos de la metafísica: ensayo sobre la teoría de los principios y sobre las doctrinas no escritas de Platón*, trad. de Angel J. Cappelletti y Alberto Rosales, «Introducción» de Giovanni Reale, Colección «Pensamiento filosófico», Monte Avila Editores Latinoamericanos, Caracas, 1996; GIOVANNI REALE, *Platón. En busca de la sabiduría secreta*, trad. cast. de Roberto Heraldo Benet, Editorial Herder, Barcelona, 2001; ID., *Per una nuova interpretazione di Platone: rilattura della metafisica dei grandi dialoghi alle luce delle Dottrine non scritte*, Ed. Vita e Pensiero, quinta edición, Milano, 1987 (hay novena edición, 1990).